

**Forordning (EF) nr. 864/2007 (Roma II) og norsk
internasjonal privatrett – lovvalg ved erstatning
utenfor kontrakt**

Kandidatnummer: 644

Leveringsfrist: 25.11.2008

(* regelverk for spesialoppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/utf-forskr-vedlegg-i.html>

regelverk for masteroppgave på:

<http://www.jus.uio.no/studier/regelverk/master/eksamensforskrift/kap6.html>)

Til sammen 17.981 ord

24.11.2008

Innholdsfortegnelse

<u>1</u>	<u>INNLEDNING</u>	<u>1</u>
1.1	Roma II og norsk rett	1
1.2	Presentasjon av Roma II og dens bakgrunn	2
1.3	Roma IIs betydning for EU-landene	5
1.4	Roma II som norsk rettskilde – i anførselstegn	7
1.5	Kort om norsk internasjonal privatrett	9
1.6	Begrepsbruk	11
<u>2</u>	<u>FORORDNING (EF) NR. 864/2007 (ROMA II) - INNHold</u>	<u>13</u>
2.1	Innledning	13
2.2	Virkeområde	14
2.3	De alminnelige regler om lovvalget	15
2.3.1	Hovedregel: Lex loci delicti	15
2.3.2	Spesialregel: Lex communis	16
2.3.3	Unntaksregel: Den individualiserende metode	17
2.4	Unntak fra de alminnelige regler om lovvalget i art 4	17
2.4.1	Avtaler om bakgrunnsrett	17
2.4.2	Valg av domstols betydning for lovvalget	18
2.4.3	Ordre public og internasjonalt preseptoriske regler	20
2.5	Spesialbestemmelser på grunn av erstatningskravets karakter	22
2.6	Rettsvirkning av utenlandsk lovvalg	23

2.7	Universell gyldighet	23
<u>3</u>	<u>RETTSKILDESITUASJONEN I NORSK INTERNASJONAL PRIVATRETT</u>	<u>25</u>
3.1	Generelt	25
3.2	Erstatningsrett spesielt	30
<u>4</u>	<u>UTVALGTE BESTEMMELSER I ROMA II</u>	<u>32</u>
<u>5</u>	<u>ALMINNELIG REGEL OM LOVVALG</u>	<u>33</u>
5.1	Lovvalg ved krav utenfor kontrakt etter Roma II	33
5.1.1	Innledning	33
5.1.2	Hovedregel: Lex loci delicti	33
5.1.3	Spesialregel: Lex communis	35
5.1.4	Unntaksregel: Den individualiserende metode	36
5.2	Lovvalget ved erstatning utenfor kontrakt i norsk rett	37
5.2.1	Innledning	37
5.2.2	Lex loci delicti i norsk rett	38
5.2.3	Lex communis i norsk rett	43
5.2.4	Den individualiserende metode	46
5.3	Vurdering av de to regelsettene	51
<u>6</u>	<u>RETTSVIRKNINGER</u>	<u>55</u>
6.1	Innledning	55
6.2	Foreldelse	57
6.3	Ansvarsbegrensninger	60
<u>7</u>	<u>LISTER OVER TABELLER OG FIGURER M V</u>	<u>A</u>

1 Innledning

1.1 Roma II og norsk rett

Tema for denne oppgaven er betydningen av Roma II for lovvalgsreglene utenfor kontrakt i norsk internasjonal privatrett. Forordningen er ikke gjort til EØS-rett, og Norge er dermed ikke forpliktet av forordningens innhold. Det er derfor klart at den ikke er en norsk rettskilde som sådan, og endrer dermed heller ikke rettstilstanden direkte hos oss. Når dette er sagt uniformerer Roma II rettstilstanden hos våre største handelspartnere, nemlig Norden og EU-landene. Forordningen gjelder som nevnt ikke Danmark og Island. Det er en ulempe for norske rettssubjekter som opererer i dette området at vi står utenfor Roma II. Det er fordi det innebærer at man kan risikere å måtte forholde seg til flere regelsett når et deliktsansvar oppstår, og den usikkerhet det skaper for samhandelen. Slike erstatningskrav mellom borgere av EU-land (med unntak for Danmark) kan derimot avgjøres direkte.

For Norges del kan Roma II derfor få særlig betydning på to måter. For det første vil den være en svært viktig inspirasjonskilde for lovgiver når en fremtidig lov om internasjonal privatrett skal utarbeides. Justisdepartementet har uttalt at ved utformingen av lovvalgsregler er det viktig å se på løsningene i andre land, og da særlig i forhold til de land hvor disse problemene oppstår oftest.¹ Dette notatet gjaldt riktignok i forhold til Roma I, men i denne forstand er det ikke grunn til å forskjellsbehandle Roma I og Roma II.

For det annet vil forordningen i mellomtiden trolig få betydning som inspirasjonskilde for norske domstoler i deres anvendelse av norsk internasjonal privatrett.² Dette gjelder selvsagt på områder hvor norsk rett er åpen eller usikker, men også når reglene er sammenfallende kan forordningsteksten gi støtte. For å kunne utlede noe om betydningen

¹ Høringsbrev 13.06.2003 (Roma I)

² Gaarder/Lundgaard s 97-98, om Romakonvensjonen

av Roma II, er det først nødvendig å holde forordningens bestemmelser opp mot gjeldende norsk rett slik at likheter og ulikheter kan påvises. Dette gir grunnlag for å drøfte Roma II som forbilde og premiss for norsk rett de lege ferenda.

I det videre vil først det materielle innholdet av Roma II presenteres. Fokus for oppgaven er de generelle lovvalgsreglene ved deliktskrav, spesialregler omtales kun for oversiktens skyld. Deretter vil norsk internasjonal privatrett behandles mer inngående i et eget kapittel. Til slutt vil det foretas en mer inngående komparativ studie av noen sentrale problemstillinger hvor Roma II kan være relevant for norsk rett. Formålet er å kunne utlede noe om betydningen av Roma II på disse konkrete områdene.

1.2 Presentasjon av Roma II og dens bakgrunn

Forordning nr. 2007/864 gjelder lovvalgsreglene ved obligasjonsrettslige krav utenfor kontrakt. Dette omfatter blant annet lovvalget ved erstatningskrav med internasjonalt tilsnitt. Forordningen ble vedtatt 11. juli 2007 etter svært lang behandlingstid, og ble av kommentatorene umiddelbart døpt ”Roma II” på grunn av dens materielle virkeområde, som utfyller konvensjonen inngått i Roma 19. juni 1980. Romakonvensjonen gjelder lovvalg ved krav som springer ut av kontraktsforhold. Roma II trer i kraft i alle EUs medlemsland med unntak av Danmark fra 11. januar 2009.³ Forordningen har til formål å uniformere lovvalgsreglene ved ikke-kontraktsrettslige krav i medlemslandene.⁴ Dette innebærer blant annet erstatning utenfor kontrakt, produktansvar og uberettiget berikelse. Roma II blir således et virkemiddel for å oppnå EUs målsetning om et felles indre marked⁵ og en regional enhet. For å få til dette må ikke bare de direkte rettslige handelshindringene fjernes, men også andre sider av samfunnet harmoniseres for å bygge ned de praktiske hindringene som står i veien for fri flyt av personer, tjenester, kapital og varer.

³ Jf Roma II art 32 og art 1 in fine

⁴ Watté (2007A), s. 98

⁵ Preambelet til Roma II, punkt 1

Dette innebærer blant annet at domstoles saksbehandling må koordineres på overnasjonalt nivå. Så lenge to land har ulik intern rett, og dommer ikke er direkte rettskraftige i andre land, vil det enkelte rettssubjekt se det som mer risikofylt og vanskelig å handle over grensene, enn å handle internt i eget land. Dermed svekkes det indre marked. For å løse disse problemene må landene samarbeide på flere plan.⁶ For det første må de fordele domstolskompetansen seg imellom gjennom felles vernetingsregler. Deretter må dommer fra disse landene anerkjennes i den utstrekning de respekterer kompetansefordelingen. Da kan den enkelte borger med rimelig grad av sikkerhet vite hvor en eventuell sak skal behandles, og i hvilke land den endelige dom vil få rettskraft. Når det gjelder den materielle retten er det to mulige tilnærmingmåter for å redusere borgernes rettslige usikkerhet. For å oppnå best mulig resultat er det mest hensiktsmessig å bruke en kombinasjon av disse to metodene.

For det første kan det vedtas felles bestemmelser i spesiallovgivningen. Da blir det uvesentlig om engelsk eller tysk rett skal komme til anvendelse. Det presumeres at den materielle rett har det samme innhold i begge land. Dette er gjennomført i stor utstrekning gjennom forordninger som får direkte virkning i medlemslandene, og direktiver som setter krav til det enkelte lands lovgivning. Reglene må da transformeres inn i den nasjonale rett. Direktivene er ofte minimumsdirektiver som er ment å beskytte en svakere part, for eksempel forbrukere og arbeidstagere, men den nasjonale lovgiver står fritt til å vedta strengere regler.

Å innføre felles lovvalsregler er en annen teknikk for å øke graden av rettslig forutberegnelighet ved handel over landegrensene. Da vil ikke saksøker i samme grad kunne påvirke lovvalget ved valg av verneting, såkalt forum shopping. Partenes usikkerhet med hensyn til hvilken bakgrunnsrett som skal gjelde for kravet reduseres. De kan dermed lettere innrette seg etter den rettslige realitet. På denne måten vil det i de fleste tilfeller være klart hvilket lands rett som skal anvendes, uten at det først er nødvendig å dykke ned i

⁶ Gaarder/Lundgaard s 37 flg.

lovvalsreglene til alle de landene hvor domstolene er kompetente til å behandle saken. Dette er fordelaktig både for saksøkeren og saksøkte. Når det er relativt enkelt å finne ut av hvilket lands rett som skal anvendes på forholdet, blir fokuset satt på å finne innholdet av den materielle rett. Systemet virker altså ressursbesparende i tillegg til at det reduserer usikkerhet for partene i erstatningssaker med internasjonal tilknytning.

Roma II gjelder som nevnt kun lovvalget ved erstatning utenfor kontrakt, og utgjør dermed bare en del av reguleringen av internasjonal privatrett innenfor EU-regionen. Det fremgår av motivene⁷ til Roma II at innholdet av Roma II skal være konsistent med Brussel I⁸ og Roma I (både traktaten og forordningen som erstatter den). Dette er fulgt opp i preambelet⁹ til Roma II med at forordningens ”materielle tillämpningsområde och bestämmelser bör överensstämma med” Brusselforordning I ”och de instrument som rör tillämplig lag på avtalsförpliktelser”. De tre forordningene, Brussel I, Roma I og Roma II er altså ment å utgjøre en rettslig helhet, og de må derfor leses i sammenheng. Brussel II¹⁰ gjelder domsmyndighet og fullbyrding av rettsavgjørelser på familierettens område, og forordningen er således ikke relevant for Roma II. Disse fire forordningene viser at den internasjonale privatrett har vært et satsingsområde for EU de siste årene. Faget er i aktiv utvikling.

Brussel I regulerer domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker. Denne er en omdanning av den tidligere Brussel-konvensjonen av 27. september 1968, som var en traktat mellom EU-landene. Kort sagt regulerte traktaten vernetingspørsmål og rettsavgjørelsers gyldighet over landegrensene i traktatområdet. En blåkopi av Brussel-konvensjonen ble inngått mellom EU- og EFTA-landene, den såkalte Lugano-konvensjonen av 16. september 1988. Denne er inkorporert i norsk rett ved lov av 8. januar 1993 nr 21.

⁷ COM (2006) 83 final, punkt 5

⁸ Forordning (EF) nr. 44/2001

⁹ Punkt 7, svensk versjon

¹⁰ Forordning (EF) nr. 2201/2003

Lovvalgsspørsmål reguleres derimot ikke av Brussel I eller Lugano-konvensjonen. På samme måte som ved Brusselkonvensjonen ble dette opprinnelig gjort utenfor EUs (den gang EF) institusjonelle rammer, ved inngåelse av traktat i Roma 19. juni 1980. Traktatens virkeområde ble begrenset til lovvalgsspørsmål ved erstatningskrav som springer ut av et kontraktsforhold mellom to eller flere parter. Lovvalget ved internasjonale erstatningssøksmål hvor kravet ikke hadde direkte grunnlag i avtale, ble holdt utenfor. Kort tid etter inngåelsen ble det diskutert å utvide traktaten for også å få med disse tilfellene, men dette ble aldri noe av. Justisdepartementet tok tidlig på 80-tallet initiativ til å gjøre innholdet av Roma-konvensjonen til norsk rett, men valgte å stille prosessen i bero til de varslede endringer ble foretatt.¹¹ EU-kommisjonen gav i 2002 ut en grønnbok¹² om en fremtidig forordning som skulle erstatte Romakonvensjonen. Roma I ble vedtatt 17. juni 2008¹³ og gjelder for avtaler inngått etter 17. desember 2009, jf art 28.

1.3 Roma IIs betydning for EU-landene

Med Roma II kommer en viktig del av reguleringen av lovvalsreglene i den internasjonale privatrett på plass. Vernetingsreglene og rettskraftsreglene i sivile og kommersielle saker er allerede satt i kraft gjennom Brussel I, Luganokonvensjonen for Danmarks del. Ettersom det er valgt å gi en forordning¹⁴, trer den direkte i kraft uten at nasjonal gjennomføring er nødvendig. For rettssubjekter hjemmehørende i EU-området betyr det i praksis at fra 1. januar 2009 vil ikke bare vernetingsreglene være felles på forordningens virkeområde, men også lovvalsreglene. Det innebærer at lovvalgsspørsmål kan avgjøres raskt og sikkert, og også uavhengig av kunnskap om nasjonal rett.

¹¹ Moss (2007) s 679-680, Gaarder/Lundgaard s 88

¹² COM (2002) 654 Final

¹³ Forordning (EF) nr. 593/2008

¹⁴ Se preambelet punkt 38

Det klassiske eksempel¹⁵ er hvor et skips kaptein tar kontakt med en advokat etter et sammenstøt med et annet skip for å få vite hvor han, ut fra et rettslig perspektiv, bør søke nødhavn. Advokaten har hittil ikke klart å gi et tilfredsstillende raskt svar på grunn av ulikheter i landenes lovvalgsregler og materielle rett. I fremtiden bør han derimot kunne besvare spørsmålet både raskere og med større grad av presisjon innenfor forordningens geografiske virkeområde, fordi lovvalgsreglene ikke lenger vil være forskjellige fra et land til et annet.

Når det gjelder lovvalget må det gjøres et skille mellom handlingsnormer på den ene siden, og erstatningsrettslige sanksjonsnormer på den annen side. Sanksjonsnormene samkjøres gjennom lovvalgsreglene. Det er åpenbart at det er de handlingsnormene som gjelder der man oppholder seg som til enhver tid gjelder. Lovvalget får dermed kun innvirkning på de reglene som hører til erstatningsretten. En annen sak er det at grensen ikke alltid er skarp, det vil for eksempel kunne oppstå tvil om hvilken betydning en handlingsregel skal få for erstatningsansvaret.

Ved bilkjøring i utlandet er dette opplagt, hvis man skulle følge sine hjemlige regler ville det fort oppstå ulykker. En engelsk bilist på ferie i Frankrike må følge reglene om høyrekjøring og de lokale fartsgrenser. Skulle en ulykke oppstå må de engelske domstolene ta hensyn til disse. Fra norsk rett kan nevnes Baltenland-saken¹⁶ hvor et norsk og et tysk skip kolliderte i Bergensleden. Det var ikke tvilsomt at norske sjøveisregler ble lagt til grunn ved bedømmelsen av om navigeringen var uaktsom.

Lovvalgsreglene i Roma II om lovvalget ved erstatning utenfor kontrakt får altså kun anvendelse på sanksjonsreglene. De lokale handlingsregler påvirkes ikke av forordningen.

Danmark har reservert seg mot en del av EU-samarbeidet som gjelder utenriks- og immigrasjonssamarbeid. Roma II faller, i likhet med Brussel I og Roma I, inn under den

¹⁵ Blant annet Eckhoff/Helgesen s 296-297

¹⁶ Rt. 1958 s 38

bolken de har reservert seg mot, og forordningen blir derfor ikke gjeldende i Danmark.¹⁷ Dette er en sideeffekt som ikke var ønsket. Danmark har tvert om forsøkt å få til en ordning slik at landet også omfattes av lovvalgssamarbeidet Roma II, uten at dette har ført frem. Det er derfor usikkert hvilken stilling den vil få her. Utenom å heve dette forbeholdet kan Danmark også inngå en folkerettslig konvensjon med tilsvarende innhold med alle EU-landene. Denne løsningen er valgt for Brussel I ved inngåelsen av Luganokonvensjonen. En annen, og praktisk enklere mulighet for danskene er at de vedtar en lov med tilsvarende innhold som Roma II. Takket være forordningens art 3¹⁸ vil det innebære liten forskjell i rettstilstanden at Danmark står utenfor virkningsområdet.

Det var en stund usikkert om forordningen ville gjelde i Storbritannia og Irland, men begge landene har valgt å tre inn slik at den får gyldighet også her.¹⁹

1.4 Roma II som norsk rettskilde – i anførselstegn

Roma II er som nevnt innledningsvis EF-rett. Den delen av EF-retten som forordningen hører til, er ikke tatt inn som et tillegg til EØS-avtalen. Rettsakten setter dermed ikke krav til norsk lovgivning. Likevel kan Roma II gi veiledning i utledningen av norske reglers innhold, i kraft av å være en utenlandsk rettskilde. Reguleringen av forhold som har internasjonal tilknytning blir mer forutsigbar og effektiv hvis lovvalsreglene er utformet av enhetlige prinsipper.²⁰ Når så alle EU-landene utenom Danmark deltar i et samarbeid om felles regler, styrker det reglenes betydning som forbilde for norsk rett. Utenlandsk rett kan i større utstrekning inspirere norske rettsanvendere når utviklingen på området henger nært sammen med vår egen rett, eller når den er sammenfallende i en rekke land vi samarbeider tett med. EU og de andre skandinaviske land er våre største handelspartnere, og dermed den region disse reglene bør koordineres opp mot. Når det vedtas felles regler i

¹⁷ Roma II art 1 nr. 4. Se også COM (2006) 83 final punkt 22

¹⁸ Se oppgaven kap 2.6

¹⁹ COM (2006) 83 final punkt 21

²⁰ Moss (2001) s 119

hele regionen, øker også de negative konsekvensene av å stå utenfor samarbeidet. Det kan også trekkes frem at Norge på andre områder har et utstrakt samarbeid med EU gjennom EØS-avtalen.

Justisdepartementet begynte en prosess som var ment å føre frem til innføring av lovbestemmelser om internasjonal privatrett, men denne ble stoppet på midten av 80-tallet i påvente av at EU skulle ferdigstille sitt lovarbeid. Departementet har også uttalt at det er stor grunn til å se hen til EU-reglene når ny norsk lovgivning skal utarbeides innenfor norsk internasjonal privatrett.²¹ Det er dermed relativt klart at ny norsk lovgivning på området i stor grad vil være inspirert av Roma II. Dette er et argument for allerede nå å anvende Roma II som kilde til å løse spørsmål der norsk rett er åpen eller usikker. En slik anvendelse av Roma II vil også kunne føre til økt forutberegnelighet for partene.

I et videre perspektiv på norsk internasjonal privatrett, kan det trekkes frem at den norske teorien til dels bygger på internasjonale kilder. Internasjonalt har det vært en sterk rettsutvikling fra 1800-tallet og frem til i dag på rettsområdet. Rettsteori har vært viktigere som kilde enn på mange andre rettsdisipliner²², lovgivning og rettspraksis har hatt en tilsvarende mindre betydning. Etter hvert har reglene blitt tatt opp i lovgivningen, i mye større grad enn i norsk rett.²³ I Europa har denne utviklingen kulminert med at EU har koordinert disse reglene, slik at lovgivningen blir felles i regionen. Sett fra dette perspektiv virker det unektelig lite konsekvent om norsk rett ikke benytter Roma II som forbilde. Gjennom lang tid har norsk rett latt seg inspirere direkte og indirekte av fremmed teori og domspraksis, da er det naturlig også å være med når denne fører til et fastere samarbeid. Resultatet ville i så fall bli at man blir stående ett trinn bak i utviklingen. Selv om konsekvensene er uheldige, må det påpekes at det er en lovgiveroppgave å vedta lover, og særlig når reglene får et svært positivrettslig innhold bør domstolene trå varsomt. Likevel

²¹ Høringsbrev av 13. juni 2003 om Roma I

²² Gaarder/Lundgaard s 69

²³ Cordes/Stenseng s 36

bør det være rom for domstolene å se hen til Roma II der løsningene er mer åpne og usikre etter norsk rett.

I norsk rett er det liten grunn til å skille mellom forordninger og konvensjoner som gjelder for EU-området, de er begge direkte forpliktende for statene. Roma II bør derfor få samme stilling i norsk rett som Romakonvensjonen av 1980. Det finnes få eksempler på at norske domstoler har vist til Romakonvensjonen i sine avgjørelser,²⁴ men et unntak finnes i en kjennelse om agentprovisjon fra 2006.²⁵

1.5 Kort om norsk internasjonal privatrett²⁶

Begrepet norsk internasjonal privatrett kan lett misoppfattes. Disse reglene er norsk rett, og ikke folkerett eller annen overnasjonal rett.²⁷ Lovvalgsreglene i norsk internasjonal privatrett er dessverre et neglisjert rettsområde.²⁸ Fra høsten 2008 undervises det ikke lenger i faget ved Universitetet i Oslo.²⁹ Det er ikke gitt en egen lov om internasjonal privatrett, noe som står i kontrast til de kontinentale rettssystemene, hvor det er vanlig med lovregulering av lovvalgsregler.³⁰ Frankrike har hatt bestemmelser om lovvalg i Code Civil helt fra 1804, Tyskland³¹, Storbritannia³² og Belgia³³ har i den senere tid kodifisert sine regler om internasjonal privatrett.

²⁴ Søk etter "Romakonvensjonen" i rettsavgjørelser på www.lovdata.no gav syv treff 18. november 2008

²⁵ Kjennelsen er behandlet i kapittel 5

²⁶ Se kapittel 3 for grundigere behandling

²⁷ Cordes/Stenseng s 28

²⁸ Moss (2001) s 120

²⁹ www.jus.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5280/index.xml, 28. oktober 2008

³⁰ Thue (2001) s 18 (fotnote) nevner noen

³¹ Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, vedtatt 25. juli 1986

³² Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995 (ch 42), hentet fra www.opsi.gov.uk/acts/acts1995/Ukpga_1995_0042_en_1.htm

³³ Code de droit international privé, vedtatt 16. juli 2004, hentet fra Watté (2007B) s 341

I norsk rett er enkelte lovbestemmelser tatt inn for å overholde internasjonale forpliktelser. Dette gjelder for eksempel sjekkloven, vekselloven og barneloven. Kjøpslovvalgsloven og forsikringslovvalgsloven implementerer internasjonale konvensjoner. Høyesteretts praksis har derfor stått sentralt i utviklingen av faget, til tross for at det er avsagt relativt få dommer. Domspremissene bygger gjennomgående på en konkret vurdering av nærmeste tilknytning, den såkalte Irma Mignon-formelen, men er lite egnet til å stille opp generelle regler med klart innhold. De svake begrunnelsene er kanskje en følge av rettskildesituasjonen ellers, det er få andre kilder å bygge på og trekke slutninger fra. At faget har en sterk systematikk med særpreget terminologi kan også ha bidratt til dette. I tillegg er det tale om å finne den materielle rett tvisten skal sorteres under, og ikke anvendelse av den materielle rett som ellers er vanlig.

I mangel av klar rettspraksis har norsk og utenlandsk teori derfor hatt en større betydning for utviklingen og forståelsen av norsk internasjonal privatrett de lege lata, enn det som er vanlig i andre rettsdisipliner. Norsk rettsteori har likevel vært mer preget av lokal rettstenkning enn kosmopolitiske vurderinger.³⁴ Som i andre fag er det særlig dansk og svensk rett det sees hen til, på grunn av de sterke rettslige samarbeidet mellom de skandinaviske land. Dette samarbeidet har gitt seg utslag på ulike områder, blant annet betydningsfullt samarbeid på ny lovgivning³⁵, traktatsamarbeid og rettspraksis. Traktater som vanligvis inngås bilateralt, inngås ofte multilateralt mellom de nordiske land.³⁶ Ellers har også tysk rett tradisjonelt hatt en sterk stilling, på grunn av landets ledende rolle innen internasjonal privatrett på den internasjonale arena.³⁷

Innenfor den internasjonale privatrett er også reelle hensyn viktige. Når rettskildesituasjonen ikke peker ut faste løsninger blir det større rom for domstolene til å finne hensiktsmessige løsninger. I den berømte sveitsiske sivillovboken art 1 er dette uttrykt

³⁴ Cordes/Stenseng s 37, med henvisning til Thue

³⁵ Cordes/Stenseng s 38

³⁶ Som eksempel kan nevnes Traktat til unngåelse av dobbeltbeskatning

³⁷ Cordes/Stenseng s 38, med videre henvisninger

slik at dommeren ”skal dømme etter den regel han selv ville stille opp som lovgiver, og herunder ta hensyn til tradisjon og hevdvunnen lære.” Denne oppfatningen har for norsk rett fått alminnelig tilslutning av forfatterne.³⁸ Mer konkret er det ønskelig å få til rimelige og konsistente løsninger internasjonalt, hensynet gir dermed støtte til løsninger som fører til at samme lands rett benyttes uavhengig av hvor saken kommer opp til pådømmelse.³⁹

Ellers står også internasjonale avtaler sentralt, noe som er naturlig når det er tale om å koordinere landenes lovgivning og domsmyndigheter. Disse regulerer vanligvis rettsregler, herunder lovvalsregler, innenfor sitt rettsområde. Som eksempel kan nevnes Kjøpsrettskonvensjonen⁴⁰ som ligger til grunn for kjøpsloven, og også transportrett, veksel- og sjekkretten.⁴¹ Når det gjelder lovvalsregler har Haag-konferansene, som har ført til 32 konvensjoner, stor betydning. Selv om mange av dem ikke er tiltrådt av Norge, vil de likevel kunne få betydning for løsingen hvor norsk rett er usikker.⁴² Norge har også tiltrådt Luganokonvensjonen⁴³ som regulerer domsmyndighet og fullbyrding av dommer i sivile og kommersielle saker mellom medlemslandene.

1.6 Begrepsbruk

I den videre fremstilling vil tradisjonelle begreper fra norsk internasjonal privatrett benyttes. Disse er til dels rettmessig kritisert⁴⁴ for å være misvisende og uklare, slik at de i liten grad fremstår selvforklarende. Likevel er de godt innarbeidet og har etter hvert fått et klart meningsinnhold. Da er det av mindre betydning at de kan misforstås av dem som ikke er kjent med rettsdisiplinen og dens terminologi. Flere av dem er direkte oversatt fra fremmede språk.

³⁸ Gaarder/Lundgaard s 87, hans oversettelse av lovteksten

³⁹ Cordes/Stenseng s 35

⁴⁰ Traktat inngått i Wien 11. april 1980, Convention on International Sales of Goods (CISG)

⁴¹ Gaarder/Lundgaard s 20

⁴² Gaarder/Lundgaard s 20

⁴³ Konvensjon inngått i Lugano, 16. september 1988

⁴⁴ Gaarder/Lundgaard s 25-27 og Cordes/Stenseng s 22-23

Gitt fagets internasjonale karakter og samhandlingshensyn er det også viktig å holde på internasjonale termer, enkelte av dem har også en overnasjonal karakter.⁴⁵ Disse bidrar til klargjøring og å skape enhet over landegrensene. Latinske uttrykk hører derfor naturlig med i fremstillingen, deres innhold fremgår av sammenhengen.

⁴⁵ Cordes/Stengseng s 80-81

2 Forordning (EF) nr. 864/2007 (Roma II) - Innhold

2.1 Innledning

Forordningen består av 32 artikler skrevet i en kort og konsis stil fordelt på 7 kapitler, inkludert bestemmelsene om ikrafttreden. Forordningen må som påpekt under 1.1 sees i sammenheng med andre konvensjoner og EU-forordninger som til sammen danner et større bilde. Dette kapittelet er ment å gi en oversikt over det materielle innholdet i Roma II, og vil således ikke være uttømmende når det gjelder den enkelte bestemmelses innhold. Reglene er forsøkt belyst ut fra formål og bakgrunn i et større perspektiv, heller enn å referere tekstens bokstav.

Det fører for langt å gå inn på EF-rettens metodebruk her, men det er likevel grunn til å påpeke at Roma II er EF-rett, og derfor ikke er en del av norsk rettskildetradisjon. EF-domstolens metodebruk er i større grad inspirert av kontinentaleuropeisk rett, hvor ordlyden er mer sentral enn i norsk rett.⁴⁶ Både forarbeider⁴⁷ og preambelet (fortalen) redegjør for lovmotivene, og kan gi veiledning til å forstå enkeltbestemmelser. Forarbeider brukes i mindre utstrekning, mens preambelet oftere trekkes inn i drøftelsen når tolkningen er usikker. Domstolen har også i mange saker lagt til grunn en dynamisk tolkningsstil hvor formålet har stått sentralt for å utvikle EF-retten helhetlig.

⁴⁶ Eckhoff/Helgesen

⁴⁷ EU-kommisjonens innstilling til Roma II, COM (2006) 83 final

2.2 Virkeområde

Forordningens geografiske og rettslige virkeområde er regulert i art 1 og 2. I art 1 nr. 1 bestemmes det at forordningen gjelder lovvalgskonflikter på ikke-kontraktsrettslige fordringer⁴⁸ som springer ut av sivile og kommersielle saker⁴⁹.

”Sivile og kommersielle saker” har tidligere vært brukt i Brusselkonvensjonen og Luganokonvensjonen, og er nå videreført i Brussel I. Begrepet er derimot ikke benyttet i Roma I. Teksten selv utelukker tvister om skatt, toll og forvaltningsrett, men presiserer ikke det nærmere innholdet. Siden anvendelsen av Roma II må sees i sammenheng med Brussel I, er det nødvendig at de har samme innhold. EF-domstolen har tidligere behandlet flere saker om Brusselkonvensjonen hvor grensedragningen av hva som faller inn under ”sivile og kommersielle saker” har vært behandlet. Rettspraksis kan derfor gi veiledning ved tolkningen av uttrykket og virkeområdet til Roma II. Domstolen har særlig trukket grensen mot området for statenes høyhetsrett, som for eksempel ved sikkerhetsavgift på flyplasser, jf for eksempel sak 29/1976 LTU v Eurocontrol⁵⁰.

Videre i artikkel 1 avgrenses det mot en del rettsområder som familierett, verdipapirrett og atomskader. På disse områdene finnes det allerede fellesskapsrett eller internasjonale traktater hvor medlemsland er parter, og man har ikke ønsket å gripe inn i disse. Dette henger sammen med forordningens generelle og subsidiære karakter, den er ikke ment å gripe inn i allerede inngåtte internasjonale konvensjoner et eller flere medlemsland har inngått med land utenfor unionen, jf art 28 og preambelet art 36. Forordningen står også tilbake for andre EU-regler, i tråd med *lex specialis*-prinsippet, og er begrunnet med behovet for konsistens i fellesskapsretten.⁵¹

⁴⁸ ”Forpligtelser uden for kontrakt”, dansk versjon

⁴⁹ ”Civil- og handelsrettslige område”, dansk versjon. Norsk oversettelse er hentet fra Luganolovent.

⁵⁰ Watté (2007A) s 126, se også Preambelet art 9

⁵¹ COM (2006) 83 final punkt 7

Ærekrenkelser og andre personlige krenkelser er også unntatt fra virkeområdet, jf art 1 nr. 2 bokstav g. I det opprinnelige utkastet til Roma II fra kommisjonen var det tatt inn en spesialbestemmelse om ærekrenkelser. Kommisjonen og parlamentet kom ikke til enighet om hva denne bestemmelsen burde inneholde, og man valgte derfor i stedet å utelukke den fra Roma IIs virkeområde.⁵² Lovgivningen i det enkelte land må avveie pressens ytringsfrihet mot den enkeltes, eller en gruppes, behov for beskyttelse mot krenkelser fra pressen eller andre. Denne avveiningen har slått svært forskjellig ut fra land til land, særlig når det gjelder rasistiske ytringer.

Erstatningsansvar innenfor kontrakt har mange likhetspunkter med deliktsansvaret. Grensedragningen mellom erstatning innenfor og utenfor kontrakt varierer derfor fra land til land.⁵³ Det samme vil nødvendigvis også gjelde for andre forpliktelser utenfor kontrakt. For å unngå avgrensingsproblemer mot Roma I skal ”forpliktelse uten for kontrakt” derfor tolkes som et autonomt begrep, som også omfatter forpliktelser på grunnlag av objektivt ansvar.⁵⁴

2.3 De alminnelige regler om lovvalget

2.3.1 Hovedregel: Lex loci delicti

Den generelle hovedregel og utgangspunkt for lovvalget finnes i Roma II art 4 nr. 1. Bakgrunnsrett er skadestedets rett, altså lex loci delicti. Dette var hovedregelen i så godt som alle medlemslandene før vedtagelsen av Roma II, om enn noe varierende i utstrekning.⁵⁵ Ordlyden presiserer at det er stedet hvor skaden inntraff som er avgjørende for bakgrunnsretten, lex loci damni, og ikke handlingsstedet eller hvor indirekte økonomiske tap slår ut⁵⁶. Et viktig hensyn bak valget av regelen er at den skal skape

⁵² COM (2006) 83 final, amendment 57

⁵³ Hagstrøm s 450-451

⁵⁴ Preambelet art 11

⁵⁵ COM (2006) 83 final punkt 9

⁵⁶ Se også preambelet art 17

forutsigbarhet for partene når det gjelder bakgrunnsrett. Lovvalsregelen skal også skape en fornuftig balanse mellom den påstått ansvarliges interesser og den skadelidtes interesser,⁵⁷ noe som innebærer at lovvalget bør være rimelig.

Et nederlandsk firma som får ødelagt sin nederlandskregistrerte lastebil i Belgia av en bilbombe påmontert i Luxemburg, vil således måtte fremme erstatningskrav mot gjerningsmannen i henhold til belgiske erstatningsregler, i og med at skaden materialiserte seg her.

2.3.2 Spesialregel: Lex communis

I Roma II art 4 nr. 2 er det gitt en særregel for det tilfellet at skadevolder og skadelidte ”har sædvanlig opholdssted”⁵⁸ i samme land på det tidspunkt skaden inntreffer. Denne regelen har sammenheng med utfallet i Irma-Mignon-dommen⁵⁹ i norsk rett, hvor det at begge skipseierne i saken var norske ble avgjørende for at norsk rett ble lagt til grunn.

Oppholdssted er ikke det samme som bopel, oppholdssted er mer flyktig og forbigående.⁶⁰ Hva som skal regnes som ”sædvanlig opholdssted” er definert i art 23, men der er det kun virksomheter som omfattes, og ikke fysiske privatpersoner som forårsaker en skade. ”Sædvanlig opholdssted” eller ”habitual residence” er et kompromiss mellom domicil og nasjonalitet som tilknytningsfaktor, for å forene Common Law og kontinentale rettssystemer.⁶¹ Sædvanlig oppholdssted forutsetter ”vanlig fysisk nærvær over en tidsperiode”.⁶² Se mer om dette under kapitel 5.

⁵⁷ Preambelet art 16

⁵⁸ Roma II art 4 nr. 2, dansk versjon

⁵⁹ Rt. 1923 II s 58

⁶⁰ Gaarder/Lundgaard s 136

⁶¹ Dicey & Morris, volume 1, s 154

⁶² Dicey & Morris, volume 1, s 150 (min oversettelse)

Vanskelige avgrensninger kan oppstå i forhold til personer som er faktisk bosatt i et land, men ikke registrert bosatt der. Eventuelt kan personen være registrert bosatt i et annet land. I slike tilfeller kan det være aktuelt å avgjøre spørsmålet om sedvanlig oppholdssted etter den påståtte oppholdsstatens rett, lex fori eller en mer autonom vurdering. Dette spørsmålet behandles ikke nærmere her.

2.3.3 Unntaksregel: Den individualiserende metode

Utenom disse to alternativene finnes det som i preambelet⁶³ til Roma II kalles for en unntaksbestemmelse fra art 4 nr. 1 og nr. 2. Det er kanskje mer naturlig å karakterisere unntaksregelen som en nødventil, den strenge ordlyden tatt i betraktning. Når saken har ”en åpenbart nærmere tilknytning”⁶⁴ til et annet land enn det som følger av skadestedets rett eller felles hjemland, skal dette landets rett anvendes som bakgrunnsrett. Denne adgangen bør benyttes med varsomhet også for å unngå at det utvikler seg ulik praksis ved domstolene i medlemslandene.

I ordlyden nevnes at slik tilknytning kan foreligge når det på forhånd eksisterer et avtaleforhold mellom partene, og erstatningskravet har nær tilknytning til avtalen. I slike tilfeller vil det være naturlig å anvende den valgte lovgivningen også på deliktskravet, i og med den faktiske årsakssammenhengen. Hvis kravet derimot springer ut av avtalen, kommer Roma I og ikke Roma II til anvendelse.

2.4 Unntak fra de alminnelige regler om lovvalget i art 4

2.4.1 Avtaler om bakgrunnsrett

Partene står i noen grad selv fritt til å avtale hvilket lands rett som skal komme til anvendelse, jf art 14. Hensikten er å ”respekttere prinsippet om partsautonomi” og ”styrke

⁶³ Art 18

⁶⁴ Roma II art 4 nr. 3, dansk versjon

den rettslige sikkerhet”.⁶⁵ Dette lovvalget er underlagt en del begrensninger for å beskytte partene selv og andres rettigheter.⁶⁶ Lovvalget må for det første blant annet være gjort uttrykkelig, og ikke begrense tredjemanns rettigheter. Videre er det satt inn tidsbegrensning hvor partene ikke er kommersielle aktører. I slike tilfeller kan lovvalget kun avtales etter at skaden har inntrådt. Partene kan heller ikke avtale at preseptorisk lovgivning som gjelder på skadestedet ikke skal gjelde. Disse begrensningene er stilt opp for å beskytte den svakere part mot motpartens overtalelsesevne og forhandlingsstyrke. Hvis ikke saken og partene har en tilknytning til land utenfor EU er fellesskapsretten preseptorisk.

2.4.2 Valg av domstols betydning for lovvalget

Roma II er ikke en fullstendig uniformering av lovvalgsreglene. Saksøkers ensidige valg av domstol, i medhold av Brussel I eller Luganokonvensjonen for Danmarks del, vil fortsatt i noen grad påvirke hvilken bakgrunnsrett som benyttes i rettssaken.

Rettssaken vil for det første nødvendigvis bli ført etter domstolens egne prosessregler, som for eksempel adgangen til å påklage og hvilke frister som gjelder for dette. Det er et alminnelig anerkjent prinsipp i den internasjonale privatrett at hvert land benytter sine egne prosessregler.⁶⁷ En del prosessregler henger derimot så nært sammen med saksutfallet at bakgrunnsrettens regler bør anvendes også her.

Dette gjelder særlig bevisreglene. Mest sentralt er hvilke bevis som tillates ført, bevisbyrdereglene og legalpresumsjoner. I forordningen er det lagt opp til en kumulativ løsning for retten til å føre bevis, se art 22. Så lenge et bevis kan føres for domstolene i pådømmelsesstaten eller i staten hvis rett den anvender, kan beviset kreves ført under rettssaken. Denne retten fører gjennomgående til at bevisføringen blir videre enn ellers, men dette avhenger av landenes bevistradisjoner. Det er vanskelig å få en domstol å avvise

⁶⁵ Preambelet art 31, dansk versjon

⁶⁶ COM (2006) 83 final pkt 8, opprinnelig utkast pkt 16

⁶⁷ Røed s 88

og se bort fra bevis den er vant til å få fremlagt. Bevis domstolen vanligvis ville ha avvist må den nå tillate å føre, listen over relevante bevis er med andre ord utvidet. Domstolen kan dermed få vanskeligheter med å tolke og anvende disse, men betenkelighetene er likevel små fordi domstolen kan ta igjen dette på den relative vekt den gir bevismidlet. Rettslige tradisjoner og innholdet til begreper vil variere fra land til land.⁶⁸ Den valgte domstol vil derfor kunne få problemer med å kvalifisere et rettslig problem, altså innordne det en bestemt kategori. Denne innordningen kan enten skje etter *lex fori*, *lex causae* eller en autonom vurdering av nærmeste tilknytning. Roma II kan avgjøre kvalifikasjonen direkte ved å definere innholdet av begreper. Det er viktig innenfor forordningens virkeområde at kvalifikasjon skjer mest mulig uavhengig av domstolsvalget. Derfor er det å foretrekke at kvalifikasjon skjer etter autonome begreper i Roma II eventuelt etter *lex causae*.

Et eksempel på kvalifikasjonsproblem er hentet fra norsk rett er svenskebussaken.⁶⁹ Nordmann som var betalende passasjer i en norsk buss som var på tur til Sverige, ble drept i en ulykke. De etterlatte saksøkte eierne av busselskapet for tapt forsørger. Om kravet da skal ansees som et erstatningskrav innenfor eller utenfor kontrakt, blir et kvalifikasjonsspørsmål. Høyesterett valgte å løse saken uten å ta stilling til problemstillingen. Dersom tilsvarende sak kommer opp for en domstol som skal avgjøre lovvalget ut fra Roma II, vil det være nødvendig å først kvalifisere kravet ut fra Roma IIs autonome definisjon av hva erstatning utenfor kontrakt omfatter. Er kravet kontraktsmessig, er det Roma I som kommer til anvendelse.

Mer problematisk er fenomenet ”Homeward trend”⁷⁰, eller ”Hjemme er best-standpunktet”⁷¹. Domstolene har i saker hvor lovvalget er mer eller mindre tvilsomt en tendens til å foretrekke sin nasjonale rett. Dette er i og for seg logisk.

⁶⁸ Forpliktelse utenfor kontrakt er allerede nevnt

⁶⁹ Rt. 1957 s 246

⁷⁰ Cordes/Stenseng s 36

⁷¹ Thue (2001) s 608-609

Dommeren slipper å sette seg inn i den fremmede rett, dens språkbruk, prinsipper og metode. Sakens behandlingstid forkortes, noe som også sees som gunstig. Derimot er det uheldig at fenomenet fremmer ”forum shopping”. Lovvalget, og dermed saksutfallet kan altså påvirkes av vernetingsvalget. Enda mer graverende er det at det kan oppstå en gråsone som ikke styres av juridiske overveininger, men saksøkerens ensidige disposisjoner. Resultatet blir at det er umulig å trekke opp en fast og forutsigbar lovvalgsregel, noe det er stort behov for.

Europarådets konvensjon inngått i London 7. juni 1968⁷² om opplysninger om fremmed rett vil også kunne være til hjelp for å klargjøre innholdet for domstolene, og dermed motvirke tilbøyeligheten til å velge intern rett. At domstolene etter hvert også vil få mer praksis på anvendelse av fremmede rettskilder, vil forhåpentligvis ha samme effekt. Når dette blir mer vanlig så vil antagelig motforestillingene også minske.

Enda viktigere for å motvirke ”homeward trend” er utformingen av Roma II art 4. Ved å sette opp regler med mest mulig objektive kriterier, vil domstolene måtte begrunne valg av lex fori bedre. Lex loci delicti er hovedregel for erstatningsansvaret. Det er gjort unntak hvor saksøker og saksøkte er hjemmehørende i samme land. Begge disse vilkårene er objektive, og inneholder få skjønnsmomenter. Det er kun unntaket hvor det er en ”åpenbart nærmere tilknytning til et annet lands rett”, som domstolene kan anvende fritt. Og denne regelen er har svært begrenset rekkevidde. Det er derfor grunn til å anta at problemet med at domstolene er tilbøyelige til å anvende lex fori, vil være innenfor Roma IIs anvendelsesområde.

2.4.3 Ordre public og internasjonalt preseptoriske regler

Valg av domstol får også betydning for hvilket lands ordre public som anvendes. Ordre public behandles likevel av oversiktighetsgrunner som eget avsnitt.

⁷² Cordes/Stenseng s 170

Ordre public har etter tradisjonell oppfatning som funksjon å nekte anvendelsen av fremmed rett,⁷³ men er snevre unntaksregler.⁷⁴ Det dreier seg om et korrektiv til lovvalgsregelen som gir dommeren rett og plikt til å nekte å anvende hele eller deler av den kompetente fremmede rett når innholdet strider mot grunnprinsipper i lex fori.

I Roma II er det gitt mulighet for å gjøre unntak fra den fremmede rett ved ”ekstraordinære omstendigheter”⁷⁵ med grunnlag i ordre public eller internasjonalt preseptoriske regler. Hjemmel finnes i art 16 og 26. Det er derimot ikke gjort noe forsøk på å definere det nærmere innholdet av disse, eller å avgrense deres virkeområde. Preambelet nevner det tilfellet at det skal tilkjennes ikke-kompenserende erstatning med preventivt eller pønalt formål etter den fremmede rett. Ut fra forordningens formål om rettsenhet og ordlyden er det klart at unntaksadgangen må være svært snever. Det konkrete innholdet av disse reglene er i de fleste land vagt og vanskelig tilgjengelig, selv om det er skrevet mye om emnet. Dette henger i noen grad også sammen med rettsutviklingen som på mange områder har vært betydelig, særlig når det gjelder menneskerettigheter, diskriminering og likestilling. Normer som for noen tiår siden var gjeldende rett i en stat, vil i dag kunne avskjæres som stridende mot ordre public av samme stats domstoler.

Innenfor det geografiske anvendelsesområdet til Roma II har disse reglene antagelig mindre betydning. Den sterke stillingen til internasjonal rett påvirker og setter krav til den nasjonale rett i medlemsstatene. Dette gjelder i særdeleshet fellesskapsretten og menneskerettighetene som er med på å utvikle felles grunnprinsipper,⁷⁶ men også andre konvensjoner og politisk samarbeid bidrar til utviklingen.

På erstatningsrettens område er disse reglene antagelig av mindre betydning, men unntaksreglene kan være aktuelle i tilfeller hvor det tilkjennes svært lav erstatning etter den

⁷³ Watté (2007A) s 38

⁷⁴ Cordes/Stenseng s 150

⁷⁵ Preambelet art 32, dansk versjon

⁷⁶ Renfert s 140 og s 149

fremmede rett sammenlignet med *lex fori*, eller erstatning ikke utmåles i det hele tatt etter denne. Dette har også en side mot EMK art 6, og retten til å få domstolsbehandlet krav. Nektelse kan også være aktuelt hvor det tilkjennes svært høye erstatninger, eller hvor erstatningsplikt ilegges også for handlinger som ikke leder til erstatning i domstollandet. En slik sak var oppe for tyske domstoler.⁷⁷ Saken gjaldt opprettholdelse av en amerikansk dom mot en tysk borger, for handlinger foretatt i USA. Amerikansk rett var bakgrunnsrett. Den del av erstatningen som skulle tilfalle den amerikanske stat som et preventivt element, ble nektet idømt fordi dette stred mot det tyske straffemonopol og dermed tysk ordre public. Resten av erstatningen ble opprettholdt.

2.5 Spesialbestemmelser på grunn av erstatningskravets karakter

Det er gitt enkelte særreguleringer i kapitel III og art 19 for erstatningskrav og andre krav utenfor kontrakt, hvor kravets karakter avviker fra det ordinære deliktsansvaret. Dette gjelder for eksempel prekontraktuelt ansvar, uberettiget berikelse og en rekke andre obligasjonsrettslige krav.⁷⁸ Noen av disse henger nært sammen med avtaleinstituttet, andre igjen er mer særegne, som for eksempel immaterialrettigheter.⁷⁹ På andre områder, slik som miljørett og illojal konkurranse er det høyere samfunnsmessige mål som tilsier unntak fra den alminnelige regel. Disse ulikhetene tilsier at lovvalsregelen tilpasses for hver enkelt ansvarstype, fordi hovedregelen i Roma II ikke vil ”sikre en fornuftig balance mellom de implicerede interesser”⁸⁰ i slike tilfeller. Denne delen av Roma II vil ikke bli nærmere behandlet i denne oppgaven.

⁷⁷ Cordes/Stenseng s 156, *Juristische Zeitung* 1993 s 266

⁷⁸ Se Preambelet, blant annet art 23 og 29

⁷⁹ Preambelet art 26

⁸⁰ Preambelet art 19, dansk versjon

2.6 Rettsvirkning av utenlandsk lovvalg

Så lenge domstolens nasjonale rett anvendes er løsningen enkel. Domstolen anvender den interne rett på alle sider av saken. Når en domstol derimot har valgt å løse saken ut fra et annet lands bakgrunnsrett, blir det et spørsmål om hva den fremmede rett skal regulere og hvordan domstolen skal gå frem.

I art 24 er det bestemt at renvoi, tilbakevisning og viderehenvisning, er utelukket. Den fremmede rettens internasjonale privatrett skal ikke tas i betraktning, lovvalget er endelig avgjort ved anvendelsen av Roma II. Det gjør regelen enkel og effektiv å praktisere.

Rettsvirkningene av lovvalget er regulert i Roma II art 15. I korthet er det kun erstatningskravets tilblivelse, innhold og opphør som bestemmes av det valgte landets rett. Dette omfatter blant annet ansvarsreglene for erstatning (bokstav a), skadevurdering og adekvans (bokstav c) og ansvarsfritak og ansvarsbegrensninger (bokstav b). Også eventuell overføringsrett av erstatningskravet bestemmes av *lex causae* (bokstav e). Når kravet anses foreldet eller ekstinkvert følger også av den fremmede rett. Virkningen av lovvalget utenfor kontrakt er nærmere behandlet i kapittel 6.

2.7 Universell gyldighet

Det er i Roma II art 3 bestemt at forordningen skal ha universell gyldighet. Det innebærer at ikke bare medlemslandenes rett kan pekes ut som den aktuelle bakgrunnsrett, men også et tredjelandets rett. For eksempel kan norsk eller amerikansk rett legges til grunn i en tvist mellom to rettssubjekter hjemmehørende i EU. Kritikere anså dette for å svekke fellesskapsretten og dens felles prinsipper, og også føre til et for stort valg av mulige jurisdiksjoner. Andre igjen fremhevet at to regelsystemer, internt og eksternt for EU ville komplisere regelverket i for stor grad.⁸¹ Bestemmelsen har også den positive virkningen at det er mulig for land som står utenfor det geografiske virkeområdet å slutte seg til ved å implementere de samme regler i sin interne lovgivning. Selv om dette ikke vil føre til at

⁸¹ Summary and contributions of the consultation Rome II, punkt 4

saker kan føres for EF-domstolen, vil likevel en gjennomført tilslutning føre til tilnærmet rettsenhet. Særlig er dette interessant for EU-landet Danmark og EFTA-landene, som alle står utenfor forordningen, men gjennom utstrakt samarbeid er nært knyttet til EU.

3 Rettskildesituasjonen i norsk internasjonal privatrett

3.1 Generelt

Som nevnt under innledningen er internasjonal privatrett nasjonale regler, noe som betyr at norsk internasjonal privatrett er norske regler.⁸² Dette er regler som regulerer forholdet mellom individer i samfunnet, og hører derfor inn under privatrekken. På lik linje med alle andre juridiske fag er det norsk metodelære, som bygger på Høyesteretts praksis, som ligger til grunn for reglene. I andre land har de rettslige tradisjoner og prinsipper som avviker fra våre i større eller mindre grad.⁸³ Innenfor alle de juridiske fagdisipliner gjelder det spesielle særtrekk, som legalitetsprinsippet på strafferettens område. Også i norsk internasjonal privatrett finnes det slike særtrekk, hvor faget skiller seg ut fra andre fag. Men det er altså like fullt tale om norsk rett. I dette kapitlet vil disse særtrekkene, og deres betydning behandles.

Først og fremst kan trekkes frem hele fagets karakter. Den internasjonale privatrett omhandler grensen mellom norsk rett og fremmede rettssystemer. Disse reglene bestemmer hvordan rettsspørsmål skal behandles og avgjøres, og angir ikke utfallet av det materielle tvistespørsmålet i seg selv. En annen sak er at tvistens utfall i mange tilfeller vil være åpenbart så fort lovvalget er avgjort. Det er dermed tale om å løse preliminare eller prejudisiell spørsmål.⁸⁴ Reglene har som oppgave å avgjøre når norske domstoler er kompetente til å behandle en sak, og å trekke opp grensen for når norske rettsregler skal gjelde i en tvist med flernasjonal tilknytning.

⁸² Cordes/Stenseng s 36, Gaarder/Lundgaard s 70

⁸³ Nygaard s 37

⁸⁴ Gaarder/Lundgaard s 23 og 85

Kompetansefordelingen mellom norske og utenlandske domstoler i Luganokonvensjonen overlapper mot de nasjonale vernetingsreglene. For at sak skal kunne anlegges for en norsk domstol, må domstolen også anse seg for å være kompetent til å behandle den.⁸⁵

Lovvalsregler i den internasjonale privatrett overlapper mot rettsreglenes virkeområde. En norsk regels anvendelsesområde kan altså både være begrenset av den internasjonale privatrett, og regelens eget virkeområde.

Som i alle andre fag gjelder rettskildeprinsippet at når lovgiver etter en demokratisk prosess har valgt å vedta en for tvistes spørsmålet relevant lovtekst, blir denne teksten utgangspunktet for drøftelsen av det rettslige innholdet av den ferdig tolkede regel.⁸⁶ Men fraværet av lovtekst er nettopp noe av det som også sterkt preger den internasjonale privatrett i Norge.⁸⁷ Også i andre fag kan det være lite lovgivning, men det er likevel ofte mulig å hente analogier fra tilgrensende lover, som for eksempel i obligasjonsretten. Innenfor dette fagområdet er det derimot i liten grad mulig.

Når det ikke finnes en lovtekst som behandler problemstillingen man står ovenfor, er det vanskeligere for rettsanvenderen å finne og stille opp det rettslige utgangspunkt. Når loven er taus må man søke svar i den ulovfestede rett.⁸⁸ Denne er naturlig nok ikke alltid like tilgjengelig, avhengig av rettspraksis og teori. I de fleste slike tilfeller vil det være naturlig å bruke sentrale prinsipper på rettsområdet eller generelle regler kommet til uttrykk gjennom rettspraksis, for å stille opp det rettslige utgangspunktet for regelen. De sentrale prinsippene vil ofte være godt behandlet i juridisk litteratur. Likevel har denne rettsdannelsen den svakhet at domstolene undertiden vegrer seg for å stille opp generelle og positivrettslige regler. Innenfor norsk internasjonal privatrett er dette særlig tydelig med den individualiserende metode som har fått bre om seg.⁸⁹ Metoden bygger på at hvert

⁸⁵ Jf Rt. 1998 s 1647 (Svalbard)

⁸⁶ Nygaard s 37, Gaarder/Lundgaard s 86

⁸⁷ Cordes/Stenseng s 36, Gaarder/Lundgaard s 86

⁸⁸ Fleischer s 144

⁸⁹ Thue (1965) s 599

tilfelle skal sorteres under den lovgivningen den etter en konkret og skjønnsmessig helhetsvurdering anses å ha sterkest tilknytning til. Regelen er riktignok generell, men ikke særlig positivrettslig fordi den ikke trekker opp klare føringer for dommeren. Kritikere⁹⁰ har hevdet at metoden er nettopp en metode, og ikke en regel.

Lovvalgsspørsmålene kommer også relativt sjeldent opp for domstolene i Norge. Dette henger nok i stor grad sammen med at partene i internasjonale saker ofte velger voldgift eller ikke er oppmerksomme på at fremmed rett kan påberopes.⁹¹ Sammen med den svake stillingen i undervisningen, fører dette til at dommere flest kjenner dårlig til faget, noe som igjen kan føre til et ønske om å være tilbakeholden og forsiktig, for å være på sikker grunn. Faget har dermed en dårligere mulighet til å utvikle seg enn det som er situasjonen for de fleste andre fag.⁹²

På grunn av fraværet av lovgivning, og den svake stillingen til rettspraksis, er rettsteorien blitt den viktigste rettskilde⁹³ innenfor norsk internasjonal privatrett.⁹⁴ Det er kanskje den rettsdisiplin som er sterkest påvirket av juridisk teori, noe som også har gjort faget mer innviklet og uforståelig enn ønskelig. Den norske rettsteorien om internasjonal privatrett er likevel ikke særlig omfattende, særlig sett opp mot svensk, dansk og europeisk teori. Utenlandske forfattere har derfor også bidratt mer enn det som er vanlig i å utvikle norsk rett. For det første er det naturlig å se hen til andre lands rett, når norsk rett de lege lata er usikker. Dette gjøres regelmessig også innenfor andre rettsområder. For det annet har dette en særlig styrke når det gjelder lovvalgsreglene. Som påpekt foran har disse til oppgave å koordinere norsk lovgivning mot fremmede rettssystemer. Da er det viktig å se reglene fra et internasjonalt perspektiv, slik at de samlet fungerer mest mulig rimelig og fornuftig.

⁹⁰ Thue (1965), særlig s 599 og 602, Egge særlig s 27-30

⁹¹ Cordes/Stenseng s 36

⁹² Cordes/Stenseng s 36

⁹³ Rettsteori som rettskilde er omdiskutert, jf Andenæs (1997) s 132 flg.

⁹⁴ Cordes/Stenseng s 36

I de fleste fagdisiplinene vil rettens vurdering av resultatets godhet kunne være utslagsgivende for sakens resultat. Slik er det naturligvis også innenfor lovvalgsspørsmål. Ved anvendelse av den individualiserende metode vil nok rettens oppfatning av rimelighet komme inn i vurderingen.⁹⁵

Lovvalget får likevel et litt spesielt resultat. Når retten tar stilling til juridiske spørsmål er det vanligvis slik at bare partene får merke konsekvensene. Ved lovvalgsspørsmål kan også domstolen selv få merke beslutningens utfall. Hvis utenlandsk rett skal legges til grunn vil det fort føre til merarbeid og at saken blir vanskeligere å løse for en presset domstol. Da må retten undersøke den fremmede rett, med hjelp av dens metode og kanskje språk, og anvende denne. Selvsagt vil partene i de fleste saker være svært behjelpelige med dette, slik at deres forståelse får innpass hos domstolene. London-konvensjonen⁹⁶ om informasjon om fremmed rett er tiltrådt av Norge.⁹⁷ Konvensjonen gir domstolene mulighet til, ved hjelp av utenriksdepartementet, å få en betenkning fra den annen stats fagdepartement om det omtvistede rettsspørsmål. Det sier seg selv at dette er en tidkrevende og omstendelig prosess.

Det er grunn til å anta at norske domstoler til en viss grad favoriserer lex fori, altså norsk rett. Dette kalles for ”homeward trend”⁹⁸ eller ”Hjemme er best-standpunktet.”⁹⁹

Domstolene vil for det første kjenne godt til innholdet av norsk rett og de prinsipper de bygger på. Da er det naturlig å ønske å anvende retten i størst mulig utstrekning fordi man synes løsningene er gode. Det forenkler også den materielle løsningen av tvistes spørsmålet, men er likevel klart uheldig fordi det fører til usikkerhet omkring lovvalget. Lovvalget vil være en følge av hvem av partene som går til søksmål, og hvor saken fremmes. Slik forum

⁹⁵ Egge s 30

⁹⁶ Europeisk konvensjon, signert 7. juni 1968 i London

⁹⁷ Watté (2007B) s 250

⁹⁸ Cordes/Stenseng s 36, Gaarder/Lundgaard s 35, Eckhoff/Helgesen s 297

⁹⁹ Thue (1965) s 608-609

shopping er et resultat av individets frihet, det handler slik at det oppnår det gunstigste resultatet. Denne handlemåten er ikke nødvendigvis den mest gunstige for samfunnet, i det den kan øke graden av rettslig usikkerhet.

Den interne retts betydning har vært fremhevet i dommene inntatt i Rt. 1953 s 1132 og RG 1960 s 7 (Kristiansand Byrett). Begge dommene gjaldt bidragsplikt for far bosatt i Norge til barn bosatt i Tyskland, i høyesterettssaken var også farskapet omtvistet. Domstolene måtte i begge sakene ta stilling til om norsk eller tysk rett skulle anvendes, utfallet ble norsk rett i begge tilfeller.

I Høyesterettssaken, som ble avsagt under skarp dissens, var saksøkte en norsk mann som hadde deltatt i Tysklandsbrigaden etter 2. verdenskrig. Mor og barn var fortsatt bosatt i Tyskland. Mindretallet uttalte i premissene at barnets bostedsland var særlig viktig i bedømmelsen av nærmeste tilknytning, og ønsket å bygge på dette. Flertallet bygget derimot på en videre forståelse av nærmeste tilknytning, hvor også prinsippene norsk rett søkte å oppnå ble ansett for å være relevante. Dommerne var altså uenige om den nærmeste tilknytning måtte avgjøres ut fra de målene norsk rett søkte å oppnå, eller om barnet skulle likebehandles med andre barn født utenfor ekteskap i Tyskland.

Flertallet, ved dommer Bahr, uttalte at ”hva jeg her finner grunn til å fremheve, er at norske domstoler ved avgjørelsen av saker av denne art etter min mening må bygge på de formål som vår lovgivning her forfølger, i alminnelighet ikke vil kunne realiseres på noen bedre måte gjennom anvendelse av fremmed rett. Jeg tilføyer at det også av retts tekniske grunner er fordelaktig at norske domstoler i størst mulig utstrekning kan anvende landets egen, ”indre” rett.”

Byrettssaken gjaldt en mann som hadde vært tysk soldat. Etter krigens slutt hadde han blitt værende her, og hadde skaffet seg ny familie her. Også denne gang kom retten, riktignok under tvil, til at norsk rett måtte legges til grunn for forfalte bidrag. I premissene ble det

trukket frem at ”rettstekniske hensyn taler for at en norsk domstol i størst mulig utstrekning får bedømme saken etter norske rettsregler.”¹⁰⁰

Ved å anvende norsk rett i størst mulig utstrekning vil nok dommene over tid kunne få riktigere løsning etter den retten som legges til grunn. Undertiden vil retten stå ovenfor vanskelige tolkningsspørsmål den har begrenset mulighet til å avgjøre godt. Det er nok også grunn til å tro at saksbehandlingen i den enkelte sak vil være noe kortere når kjente rettskilder benyttes. Men det er åpenbart at disse fordeler ikke veier opp ulempene ved at saksøkeren ensidig kan påvirke lovvalget ved valg av domstol. Det er derfor ikke særlig heldig når domstolene blander inn legislative hensyn norsk lovgivning søker å oppnå i vurderingen av nærmeste tilknytning. Byretten understreket riktignok at det syntes å råde en tendens med utstrakt bruk av *lex fori* på familieretten, men uttalelsene om rettstekniske hensyn falt likevel generelt.

3.2 Erstatningsrett spesielt

Det som hittil er sagt generelt om norsk internasjonal privatrett gjelder også for lovvalget innen erstatningsretten.

Dessverre er det nok mange internasjonale erstatningskrav som aldri blir fremmet. Også innenfor den nasjonale rett er det ikke alltid opportunt å kreve sin rett, for eksempel hvis skadevolder er uformuende eller kravets berettigelse er usikkert. Prosessen er i seg selv langvarig og kostbar, og for skadelidte vil det kunne være mindre belastende å frafalle kravet og dekke skaden selv. Når skadevolder i tillegg er hjemmehørende i utlandet vil det være enda vanskeligere å undersøke hans formue og behovet for advokathjelp vil være enda større. Å kommunisere med en advokat i utlandet vil for de fleste legfolk være vanskelig, og å benytte en norsk advokat som mellommann vil være svært kostbart. I saker med stor tvisteverdi vil partene oftest enes om voldgiftsbehandling, fordi prosessen

¹⁰⁰ Dommen s 17

gjennomgående vil være raskere og resultatet materielt riktigere. Voldgiftsdommer er i utgangspunktet hemmelige, og publiseres derfor ikke regelmessig.¹⁰¹

Samlet sett fører disse faktorene til at sakstilfanget på erstatningsrettens område er relativt lavt. Det er også noen få sakstyper som går igjen, mens andre aldri kommer opp til domstolsbehandling. Det er særlig skipskollisjoner, alvorlige ulykker med motorvogner og i en viss utstrekning publikasjoner med skadelig innhold som kommer opp for domstolene.

Alle disse sakstypene har særegne trekk hvor de avviker noe fra det alminnelige deliktsansvaret, og som gjør at de tilsvarende må behandles særskilt. For rederansvaret står ansvarsbegrensingen og flaggstatens lov sentralt, jf Rt. 1956 s 1172 (Baltenland) og Rt. 1958 s 38 (Ostmark).¹⁰² Utbetalinger etter trafikkulykker skjer etter obligatorisk ansvarsforsikring, og ansvaret for skader etter publisering av trykt skrift henger nært sammen ytringsfriheten¹⁰³ og dennes fortolkning i utgivelseslandet. Det gjør at disse sakstypene i varierende grad er egnet til å belyse de alminnelige reglene som gjelder erstatning utenfor kontrakt, på den internasjonale privatrettens område.

¹⁰¹ Hagstrøm s 55-56

¹⁰² Egge s 20

¹⁰³ Jf Grunnloven § 100

4 Utvalgte bestemmelser i Roma II

Det er selvsagt ikke slik at alle rettsreglene som finnes i Roma II er like aktuelle som inspirasjonskilde for norsk rett. Dette kan enten bero på deres innhold, eller at norsk rett allerede har en sikker løsning. Andre rettsregler peker seg derimot ut som mer interessante. Et utvalg av disse vil bli behandlet mer inngående i den videre delen av oppgaven. Fokus for oppgaven er de generelle lovvalgsreglene, og ikke spesialreglene som gjelder på enkelte deler av deliktsretten. Under kapittel 5 vil derfor de alminnelige reglene om lovvalget bli behandlet. I kapittel 6 er det virkningen av lovvalget som er tema. I begge kapitlene vil Roma II bli vurdert opp mot innholdet av norsk rett de lege lata og de lege ferenda.

5 Alminnelig regel om lovvalg

5.1 Lovvalg ved krav utenfor kontrakt etter Roma II

5.1.1 Innledning

De generelle reglene for lovvalget ved ikke-kontraktsrettslige krav når partene ikke har avtalt dette finnes i Roma II art 4. I kommisjonens utkast¹⁰⁴ til forordningen var regelen inntatt i art 5, mens art 4 i forslaget stadfestet partenes rett til å inngå avtale om lovvalg. Sistnevnte regel er nå inntatt i Roma II art 14. Endringen i systematikken har gitt hovedregelen om lovvalg en mer fremtredende posisjon i teksten, slik at avtale om lovvalg nå fremstår som et unntak.

Roma II art 4 gir anvisning på tre ulike og alternative metoder for å finne frem til bakgrunnsretten. Normalregelen er skadestedets rett, *lex loci delicti*. Det gjøres unntak fra denne når partene har felles hjemlands lov, eller når saken har vesentlig sterkere tilknytning til et annet land.

5.1.2 Hovedregel: *Lex loci delicti*

Den store hovedregelen i Roma II art 4 nr. 1 er som påpekt *lex loci delicti*. Regelen var basisløsningen i nesten alle medlemslandene ved utarbeidelsen av utkastet. Det konkrete innholdet ble likevel praktisert noe ulikt fra land til land, noe som skapte rettslig usikkerhet.¹⁰⁵ Formålet med regelen er å skape bedre forutsigbarhet, og å balansere rettighetene mellom skadelidte og skadevolder. *Lex loci delicti commissi* hevdes å ivareta

¹⁰⁴ Com (2006) 83 final

¹⁰⁵ COM (2006) 83 final punkt 9

disse hensynene på de fleste områder, men særregler bør gjelde hvor hovedregelen ikke skaper tilstrekkelig balanse mellom interessene.¹⁰⁶

Lex loci delicti vil gjennomgående føre til rimelige resultater. Regelen stemmer også i de fleste tilfeller overens med partenes forventninger om hvilken rett som skal gjelde for erstatningskravet mellom dem. Når et rettssubjekt opererer utenlands har det en forventning om at det må innrette seg etter den fremmed rett. Det er da naturlig at den fremmede retten også vil regulere følgene av inntrufne hendelser, herunder erstatningskrav. Siden den enkelte borger i svært begrenset grad kjenner innholdet av fremmed rett, er det i de aller fleste tilfeller klart at denne forventningen er av sosial karakter, og ikke rettslig.¹⁰⁷ Videre kan dette lovvalget også støttes på noe som kalles flertallshensynet¹⁰⁸, nemlig at når et erstatningsansvar utløses vil det i langt de fleste tilfeller være mellom parter som har tilknytning til skadestedet. Det virker dermed tilfeldig og vanskelig å innrette seg etter når motparten kommer fra et annet sted, eller samme sted som en selv, og dette annet lands rett har nærmere tilknytning til saken.

En stat vil også ut fra prevensjonshensyn ha interesse av at dens atferdsregulerende rettsregler anvendes på skadevoldende handlinger og unnlatelser på statens territorium. Dette gjelder ikke bare handlingsnormene i seg selv, men også deres sanksjonsregler som finnes i erstatningsretten og i strafferetten. Kompensasjonshensynet vil også ivaretas ved lex loci delicti. En stat vil ha varierende interesse i at skade oppstått på dens territorium erstattes, noe som kommer til uttrykk blant annet gjennom ansvarsreglene, utmålingsreglene og fritaksregler i erstatningsretten. Å benytte lex loci delicti vil føre til at statens interesse i disse tilfellene ivaretas.¹⁰⁹

¹⁰⁶ COM (2006) final pkt 10 og 11

¹⁰⁷ Thue (2001) s 21-22

¹⁰⁸ Cordes/Stenseng s 318

¹⁰⁹ Nielsen s 596

I de aller fleste skadetilfeller er det opplagt hvilket lands rett som følger av *lex loci delicti*, fordi skaden kun har tilknytning til et land. Et sammenstøt vil for eksempel alltid ha tilknytning til et sted, nemlig skadestedet. Skadestedet kan riktignok være vanskelig å lokalisere nøyaktig, særlig til sjøs og i luften.

I noen tilfeller er det derimot nødvendig å presisere innholdet av *lex loci delicti* nærmere. Dette gjelder når hendelsesforløpet har tilknytning til flere land. Skoleeksempelet er en jeger som bommer på viltet, og skader en person på andre siden av landegrensen.¹¹⁰ Etter Brussel I art 5 § 3 og Luganokonvensjonen art 5 § 3 vil både domstolene på handlingsstedet og på skadestedet være kompetente til å behandle den påfølgende erstatningssaken.

Det må avgjøres om det er handlingsstedets eller skadestedets rett som skal legges til grunn som bakgrunnsrett når skaden har tilknytning til flere ulike land. Roma II art 4 nr. 1 presiserer at det er ”loven i det land, hvor skaden intrader”¹¹¹ som skal anvendes. Av preambelet art 17 fremgår det at skaden er inntrådt i det land hvor tingen er blitt skadet, eller personskaden er lidt.

5.1.3 Spesialregel: *Lex communis*

Det er gitt en spesialregel om unntak fra *lex loci delicti* i Roma II art 4 nr. 2 for de tilfeller hvor både skadelidte og skadevolder har alminnelig eller vanlig bosted¹¹² i samme stat på skadetidspunktet. Alminnelig eller vanlig bosted, er hentet fra Haag-konvensjonen om sivilprosess fra 1896,¹¹³ som etter hvert har fått innpass også i nasjonal lovgivning. Begrepet er et kompromiss mellom Common Law og kontinental rett, og det foreligger ikke en allmenngyldig definisjon, noe som gjør begrepet mer tilpasningsdyktig. Alminnelig

¹¹⁰ Cordes/Stenseng s 324

¹¹¹ Roma II art 4 nr. 1, dansk versjon

¹¹² ”Sædvanligt opholdssted”, dansk versjon, på engelsk ”habitual residence”, fransk ”résidence habituelle”, tysk ”gewöhnlicher Aufenthalt”

¹¹³ Cordes/Stenseng s 125, Dicey & Morris s 154

eller vanlig bosted i et land krever faktisk opphold i landet av en viss varighet, men stiller mindre krav til hensikten om å bli værende. Det er heller ikke noe formelt krav om permanent egen bolig. Det kan dermed være tilstrekkelig å bo på hotell eller motell i en periode, eller å bo på gaten uten å ha fast tilhørighet til en eiendom.

Dersom partene ikke kjenner til den felles tilhørighet på skadetidspunktet, vil anvendelsen av den felles hjemlands lov slå litt tilfeldig ut for dem.

Sett at to belgiere, uavhengig av hverandre, reiser til Paris på forretningsreise. Den ene skader den andres koffert uaktsomt på hotellet der begge bor, men uten å kjenne til nasjonaliteten hans.

Erstatning skal da gis ut fra belgiske regler. Både for skadevolder og skadelidte ville det vært å vente at fransk rett skulle regulert erstatningskravet. På den annen side vil partene i en slik sak normalt komme til enighet om betaling av et mindre erstatningsbeløp, og da vil det være naturlig å gjøre det samme som de ville gjort i hjemlandet.

Internasjonalt er *lex communis* anvendt som utslagsgivende faktor for lovvalget i varierende utstrekning. Den har ikke slått igjennom som en generell regel i dansk rett, men brukes kun i unntakstilfeller.¹¹⁴ Vilkåret er at det var en viss forbindelse mellom partene før skaden inntraff, og at det ikke er noen tilknytning til skadestaten ut over at skaden skjedde på dens territorium. I svensk rett er derimot regelen inntatt i lovgivningen ved trafikkulykker, slik at svensk person skadet av svenskregistrert bil i utlandet får erstatning beregnet etter svensk rett. I belgisk rett er derimot lovteksten utformet slik at *lex communis* er gjort til hovedregel for lovvalget ved erstatning utenfor kontrakt.¹¹⁵

5.1.4 Unntaksregel: Den individualiserende metode

Det er gjort unntak fra *lex loci delicti* og den felles hjemlands lov hvor det av "alle sagens omstendigheter fremgår, at den skadevoldende handling har en åpenbart nærmere

¹¹⁴ Nielsen s 598

¹¹⁵ Code de droit international privé art 99 § 1

tilknytning til et annet land.”¹¹⁶ Den individualiserende metode fikk sitt internasjonale gjennombrudd i saken *Babcock v Jackson*.¹¹⁷ For at metoden skal komme til anvendelse er det vilkåret at tilknytningen er ”åpenbart nærmere” et annet land enn det som følger av *lex loci delicti* og *lex communis*, noe som er strengt. Regelen må derfor oppfattes som en snever unntaksregel. Ordlyden gir i seg selv ikke noe nærmere veiledning i hvordan dette skal anvendes i praksis, utover å stille opp et eksempel. Slik tilknytning kan for eksempel foreligge når skaden har oppstått som en følge av et forutgående avtaleforhold mellom partene.

Et tenkt eksempel kan være når det foreligger en salgssavtale mellom et fiskemottak og en oppkjøper. I salgssavtalen har partene blitt enige om at kjøpers lov skal gjelde,¹¹⁸ og at fisken skal hentes hos selger. Hvis kjøperens skip forårsaker mindre skader på selgers kaianlegg, eller en av hans båter mens han legger til kai, vil skaden kunne sees i sammenheng med avtalen slik at avtalens rett også vil gjelde for erstatningskravet. Men ved større skader vil ikke dette være like rimelig. Erstatningskravet får et mer selvstendig preg. I vurderingen av nærmeste tilknytning vil også lovgivers legislative interesse i saken være relevant.¹¹⁹ Tilknytningen avhenger av faktum i saken og skadens karakter.

5.2 Lovvalget ved erstatning utenfor kontrakt i norsk rett

5.2.1 Innledning

Det finnes ikke noen lovfestede regler om lovvalget for erstatningskrav utenfor kontrakt med internasjonal tilknytning i norsk rett. Innholdet av disse reglene, herunder hovedregelen må derfor søkes andre steder. Høyesteretts rettspraksis har gjennom lang tid anvendt den individualiserende metode for å avgjøre hvilket lands bakgrunnsrett et krav om deliktserstatning sorterer under. Metoden kalles også *Irma Mignon-formelen* etter skipene i

¹¹⁶ Roma II art 4 nr. 3, dansk versjon

¹¹⁷ Nielsen s 600

¹¹⁸ I medhold av Romakonvensjonen art 3 (jf Roma I art 3)

¹¹⁹ Jf fra amerikansk rett *Babcock v Jackson*, Clarkson s 220

den første saken der den ble anvendt. Metoden går ut på å bestemme det lands rett som et forhold har sin nærmeste tilknytning til. Dette avgjøres etter en konkret og skjønnsmessig avveining av de tilknytningsfaktorene som foreligger i saken. Det er ikke nødvendig at alle sakens sider avgjøres av samme lands rett.¹²⁰ Hovedregelen i norsk rett er utformet etter samme mønster som unntaksregelen i Roma II art 4 nr. 3. Det er da betimelig å undersøke om dette modifiseres av presumsjoner lik utgangspunktene som finnes i Roma II art 4 nr. 1 og nr. 2. I dette avsnittet vil innholdet av Irma Mignon-formelen undersøkes nærmere, slik at eventuelle realitetsforskjeller fra Roma II kan påvises.

5.2.2 Lex loci delicti i norsk rett

5.2.2.1 Rettslig grunnlag for Lex loci delicti

Et skadetilfelle vil av en norsk domstol normalt behandles etter retten i det land hvor det har inntruffet. Den individualiserende metode brukes for å avgjøre lovvalget, men det er utvilsomt slik at skadestedets rett vil være den utslagsgivende faktor i mange saker. Lex loci delicti gjelder dermed utvilsomt som generelt prinsipp i norsk rett.

Normalregelen for avgjørelsen av lovvalget er altså lex loci delicti i norsk rett. Denne regelen har sitt rettslige grunnlag i norsk sedvanerett og teori.¹²¹ De viktigste dommene for utviklingen av regelen har vært Rt. 1906 s 165 (Augusta), Rt. 1938 s 691 (Motersykkel-saken), Rt. 1958 s 38 (Baltenland), Rt. 1978 s 1062 (Fredrikstad) og Rt. 1956 s 1172 (Ostmark).¹²² Ingen av disse dommene gav i domspremissene direkte og uforbeholdent uttrykk for at lex loci delicti er et generelt prinsipp i norsk rett, hvor eventuell fravikelse krever begrunnelse.

¹²⁰ I Rt. 1958 s 38 ble lovvalget for ansvarsbegrensningen til sjøs avgjort uavhengig av lovvalget for ansvarsreglene. I Rt. 1985 s 777 ble foreldelse avgjort etter norsk rett, selv om erstatningsansvaret måtte bedømmes etter tysk rett.

¹²¹ Cordes/Stenseng s 316 flg, Gaarder/Lundgaard s 265, Thue (2001) s 16-17, Kaasen s 4

¹²² Sannes s 84

Ostmark-saken gjaldt skade på oljelast ved innlasting i norsk havn. Dommerne dissenterte på om erstatningskravet var oppstått innenfor kontrakten mellom partene, eller om det var delikt. Flertallet bygget i saken på at ansvaret var kontraktsrettslig, og la dermed partenes lovvalg til grunn. Mindretallet bygget på deliktsansvar, og ville anvende norsk rett fordi tilknytningen var sterkest til Norge. Dette ble særlig begrunnet med at skaden var skjedd i norsk havn, og at skipet gikk i skytteltrafikk innen Norges grenser.

I Baltenland-saken var Høyesterett i atskillig tvil om ansvarsbegrensningen burde følge flaggstatens lov eller *lex loci delicti*. Utfallet ble likevel flaggstatens lov, og retten tiltrådte i det vesentlige byrettens begrunnelse. Byretten stilte opp et generelt prinsipp om *lex loci delicti*. Byretten skrev at ”Det er på det rene at, at ifølge norsk internasjonal rett vil spørsmålet om ansvarsbetingelsene og erstatningskravenes omfang ved en kollisjon mellom et norsk og et fremmed skip innenfor nasjonale [norske] farvann måtte bli å avgjøre på grunnlag av *lex loci delicti*-i dette tilfellet altså norsk rett.” Retten gjorde unntak for ansvarsbegrensning i rederansvaret, og begrunnet dette særlig med at det ikke var rimelig at rederens ansvar avhang av hvor skipet var ansvarlig for en ulykke. Særlig sterkt var dette når rederens ansvar var mindre etter *lex loci delicti*, enn etter flaggstatens rett slik tilfellet var i saken.

I Fredrikstad-saken var en nordmann påkjørt av en dansk lastebil i Fredrikstad. I motorsykkelsaken var en tysker påkjørt av en norsk kvinne i Tyskland. Høyesterett anvendte norsk rett i begge sakene, uten å problematisere lovvalget.

I den eldste av sakene, Augusta, stod tvisten mellom eierne av et russisk og et norsk skip som hadde kollidert i Tyskland. De syv dommerne i Høyesterett var alle enige om at tysk rett skulle avgjøre det materielle erstatningsspørsmålet. Problemet var om det norske skipet heftet for feil gjort av den tyske tvangslosen som var ombord. Retten delte seg i begrunnelsen for dette standpunktet. Flertallet på fire dommere, ledet an av førstvoterende fant ikke grunn til å løse lovvalgsspørsmålet ut fra *lex loci delicti*, men nøyde seg med å

konstatere at sakens omstendigheter var slik at det falt ”rimeligst og naturligst, at Spørgsmaalet afgjøres efter tysk Ret.”

Mindretallet på tre dommere sluttet seg derimot til sjørettens begrunnelse som gjennom en lengre drøftelse som blant annet viser til Professor Platous bok ”Norsk Sjøret” fra 1900. Platou hevdet at det finnes en alminnelig lære om *lex loci actus*, handlingsstedets rett, når to skip kolliderer innenfor et lands sjøterritorium.

Sjøretten trakk også frem som argument for å anvende kollisjonsstedets rett at om den skadelidte reder fikk satt skipet i arrest i den lokale havnen og sak senere ble ført der, ville skadestedets rett utvilsomt bli anvendt. Det kan neppe være dekning for utsagnet i dag. Retten fremhevet at det da vil være lite rimelig og inkonsekvent, om rederen kunne innvirke på sakens utfall ved å la skipet få reise videre, for så å gå til sak i dets hjemland som ville løse tvisten ut fra *lex fori*. Det er mer ønskelig at tvister løses så fort som mulig, enn at skipet knytter seg krav til forfølges til de anløper en havn hvor det er mer gunstig å gå til sak. Rederen ville altså kunne påvirke lovvalget på en lite ønskelig måte, som ikke bidrar til å fremme verdenshandelen.

Ved en skarp dissens om begrunnelsen valgte flertallet på fire dommere, mot et mindretall på tre, å ikke ta stilling til om *lex loci delicti* gjaldt som hovedregel ved lovvalg i norsk erstatningsrett. I stedet begrunnet de resultatet ut fra en konkret betraktning i saken.

Den svenske forfatter Malmström hevdet i sin artikkel skrevet 1951 at det gjaldt et prinsipp om *lex loci delicti* i svensk, dansk og finsk rett, men at situasjonen var mer uavklart i Norge. Thue kritiserte i sin artikkel¹²³ fra 1965 Irma Mignon-formelen for å motvirke en fast regeldannelse, alt man ble stående igjen med var rettens skjønnsmessige vurdering. Thue har opprettholdt kritikken sin, og skriver i 2001¹²⁴ at ”hovedregelen i norsk internasjonal privatrett [er] at erstatningssaker avgjøres etter retten i det land der skaden er forvoldt. Om dette er det enstemmighet i vår – om enn beskjedne – internasjonalprivatrettslige teori. Også norsk rettspraksis må kunne sies å ha bekreftet *lex*

¹²³ Thue (1965)

¹²⁴ Thue 2001 s. 16-17

loci delicti-hovedregelen.” Dette er det lett å si seg enig i, alle dommene kunne vært begrunnet i lex loci delicti, og teoretikerne synes å mene at det er dette som gjelder. Høyesterett har derimot ikke endret sine premisser nevneverdig siden 1965. Selv om rettspraksis benytter den individualiserende metode for å avgjøre lovvalget vil skadestedets rett være den utslagsgivende faktor i mange saker. Lex loci delicti gjelder dermed utvilsomt som alminnelig prinsipp i norsk rett.

5.2.2.2 Skadestedets eller handlingsstedets rett i norsk rett¹²⁵

Som påpekt under behandlingen av Roma II art 4 nr. 1, er det nødvendig å presisere lex loci delicti når skadeforvoldelsen har tilknytning til flere stater. Norsk rettspraksis har ikke tatt stilling til spørsmålet, og norsk rettsteori har heller ikke forfektet en løsning.¹²⁶ Heller ikke dansk eller svensk rett har en sikker løsning på problemet.¹²⁷ Teorien skiller mellom tilfeller hvor det er påregnelig og upåregnelig for skadevolder at en skade vil materialisere seg i utlandet, og argumenterer for å la påregneligheten avgjøre lovvalget. Det gjelder antagelig et unntak for de tilfeller hvor handlingsstedets rett fører til gunstigere resultat for skadelidte. I slike saker bør handlingsstedets rett komme til anvendelse fordi skadevolder ikke bør få en fordel av at skaden materialiserte seg i utlandet. Ved miljøskader er denne oppfatningen vanlig og følger prinsippet om at forurenseren skal betale. Dette er også regelen i norsk rett, som implementerer den nordiske miljøvernkonvensjon. Roma II stiller opp samme regel, se spesialregelen i art 7.

I Belgisk rett¹²⁸ må det foretas en konkret vurdering for å avgjøre om det er skadestedets eller handlingsstedets rett som skal legges til grunn. Det er all grunn til å tro at norske domstoler også vil foreta en konkret vurdering av tilknytningen i også i norsk rett. Dette kan særlig støttes på dommen inntatt i RG 1985 s 777. Der ble det påpekt at hvert forhold

¹²⁵ Cordes/Stenseng s 324-325, med henvisning til Philip (dansk forfatter)

¹²⁶ Gaarder/Lundgaard s 268

¹²⁷ Sannes s 84

¹²⁸ Code de droit international privé, art 99 § 1 nr. 3, jf nr. 2.

måtte bedømmes for seg. De tilknytningsfaktorene som teorien har fremhevet foran vil antagelig være relevante i vurderingen.

Spørsmålet er entydig løst i Roma II art 4 nr. 1. Der bestemmes det at skadestedets rett skal legges til grunn. Også engelsk rett opererer med skadestedet som eneste tilknytningsfaktor.¹²⁹ Norsk rett avviker altså fra Roma II på dette punkt, og det er lite trolig at domstolene vil endre denne praksis i nær fremtid. Til det er den individualiserende metode for godt innarbeidet.

Det fører til at utfallet av lovvalget vil være usikkert før saken er pådømt i norsk rett. Kanskje vil lovvalget også være avhengig av om Norge er handlingssted eller skadested, jf ”Hjemme er best-standpunktet”. I Roma II er det avgjort gjennom lovteksten at det er skadestedets rett som skal legges til grunn for lovvalget, og ikke eventuelt handlingssted eller stedet de indirekte økonomiske tap slår ut. Det er negativt for partene at lovvalget er mer usikkert i norsk rett, og taler for innføring skadestedets rett. På den annen side vil våre domstoler ta hensyn til skadetilfellets individuelle karakter og faktiske tilknytning. Det vil også være rimelig å ta i betraktning påregneligheten for at handlingen skulle føre til skade over grensen. Det samme vil landenes materielle lovgivning være, om den innebærer store forskjeller. Særlig gjelder dette når skadevolder har foretatt en handling som ikke innebærer erstatningsansvar i sitt hjemland, og det var upåregnelig for ham at skaden skulle materialisere seg i et annet land. Når domstolene står fritt til å vurdere disse og andre momenter, gir det større mulighet for at de kommer til et resultat som er rimelig og som balanserer partenes interesser opp mot hverandre. Norsk rett gir derfor uttrykk for en bedre regel, selv om den er mindre forutsigbar. Regelen bør derfor opprettholdes slik at den individualiserende metode avgjør konkret ut fra forholdets nærmeste tilknytning om det er handlingsstedets eller skadestedets rett som skal anvendes.

¹²⁹ Private International Law Act 1995 (chapter 42), Part III, art 11.1

5.2.3 Lex communis i norsk rett

Erstatningssaker hvor partene er hjemmehørende i samme land har vært oppe for Høyesterett flere ganger. I Rt. 1923 II s 58 (Irma Mignon), Rt. 1931 s 1185 (Thams) og Rt. 1957 s 246 (Turbuss) var det nordmenn som var både skadevoldere og skadelidte, og norsk rett ble derfor lagt til grunn. Thams gjaldt erstatning innenfor kontrakt, og blir ikke behandlet nærmere her.

Den velkjente Irma Mignon-dommen gjaldt ansvarsreglene ved kollisjon mellom to norske skip på elven Tyne i England. Høyesterett la enstemmig til grunn at norsk og ikke engelsk rett skulle anvendes som bakgrunnsrett for å løse erstatningsspørsmålet.

Førstvoterende viste til Augusta-saken, og at den var avgjort på de ”særlige omstændigheter ved det da foreliggende tilfælde”. Videre viste man til at faktum i Irma Mignon skilte seg ut fra Augusta-saken, siden begge de involverte skipene denne gangen var norske. Denne forskjell i faktum innebar at Augusta-dommens resultat ikke gav veiledning for utfallet av Irma Mignon. Siden saken skilte seg fra Augusta, var det opp til Høyesterett å løse lovvalget på selvstendig grunnlag.

Førstvoterende, den ekstraordinære dommer Hanssen, stilte deretter opp lovvalgsregelen på ”almindelige retsgrundsætninger og arten av det forhold det her gjelder”. Av dette konkluderte han at det var naturlig å ta utgangspunkt i at en tvist som den foreliggende burde avgjøres ”efter loven i det land, hvortil det har sin sterkeste tilknytning, eller hvor det nærmest hører hjemme.”¹³⁰ Han antok at dette brøt med den gjengse lære hos de juridiske forfattere som fremholdt at skadestedets rett skulle anvendes.¹³¹ Disse hadde ikke villet gjøre unntak for den situasjonen at begge skip var hjemmehørende i samme stat. Hanssen viser så til at læren var omdiskutert både i Norge og i utlandet, men at hensynene bak skadestedets rett ikke ble utslagsgivende i dette tilfellet. Det ble altså stilt opp en særregel

¹³⁰ Dommen s 60

¹³¹ Dommen s 61, nederst

for det typetilfellet at skadelidte og skadevolder er hjemmehørende i samme stat, uten at man ønsket å ta stilling til andre tilfeller.

I Turbuss-saken var en norsk betalende passasjer i en norsk turbuss drept da bussen kolliderte med en svensk lastebil i Sverige. De etterlatte gikk til sak mot eierne av bussen og krevde erstatning for tap av forsørger. I mangel av fastere holdepunkter i lov og rettspraksis tok retten utgangspunkt i den alminnelige betraktning som lå til grunn for Irma Mignon-dommen for å avgjøre om svensk eller norsk rett skulle brukes. Dommer Nygaard la særlig vekt på at sakens parter og avdøde var hjemmehørende i Norge. Det var inngått avtale om betaling for turen, og retten så dette i sammenheng med den norske regelen om objektivt erstatningsansvar overfor betalende passasjerer. Den eneste tilknytningen til Sverige var at selve kollisjonen hadde skjedd der med en svensk bil. Utfallet i saken ble at norske ansvarsregler ble anvendt.

Når det først gjelder en unntaksregel om den felles hjemlands lov i norsk rett, var resultatet i begge sakene opplagt. Det var ikke grunn til å problematisere tilknytningen til Norge noe nærmere. Det kan likevel være grunn til å spørre seg om hvilken tilknytning partene må ha til Norge for at norsk rett skal slå igjennom som *lex communis*. Lovvalget i rettsforhold av personlig art avgjøres etter domisilprinsippet. Men prinsippet har sitt kjerneområde i ekteskapsretten, arveretten og personretten¹³² noe som gjør det mindre egnet for å avgjøre lovvalget i erstatningssaker. Juridisk teori¹³³ har argumentert for å legge vekt på om partene hadde eller burde hatt kjennskap til det felles bopelsland, i vurderingen av om den felles hjemlands lov skal anvendes. Konkret rimelighet kan tilsi at slik påregnelighet kan tas med i vurderingen, men det er vanskelig å veie disse momentene mot hverandre. Lovvalgets betydning vil da også være relevant.

Rettspraksis har ikke tatt noe nærmere stilling til hva som skal kreves for at felles hjemlands lov skal anvendes. Det er antagelig slik at det avgjøres konkret ut fra hvert

¹³² Cordes/Stenseng s 103

¹³³ Cordes/Stenseng s 322-323

enkelt tilfelle om norsk rett skal legges til grunn som bakgrunnsrett etter denne regelen. I rettspraksis har det som påpekt vært lagt til grunn at forholdet skal bedømmes etter den rett hvortil det har den sterkeste tilknytning. Da vil det være naturlig både å ta med graden av tilknytning til Norge, og om denne tilknytningen var kjent for partene på skadetidspunktet. Hvis partene for eksempel var på reise sammen i et annet land da skaden inntraff, er det mindre grunn til å sette strenge tilknytningsvilkår til Norge enn hvor partene ikke var kjent med hverandre og tilhørigheten til Norge på forhånd.

Kjennelsen i Rt. 1998 s 1647 (Svalbard) gjaldt en flyulykke på norsk territorium, hvor partene ikke hadde noen tilknytning til Norge. Saken ble avvist på grunn av manglende tilknytning til riket. Lovvalget ble dermed heller ikke tatt opp til behandling. Hadde Russland eller Ukraina derimot vært parter etter Luganokonvensjonen, ville skadestedet i seg selv gitt norsk verneting, jf art 5 § 3. Da måtte retten ha tatt stilling til lovvalget. Antagelig ville hjemlandets rett ha blitt anvendt i disse sakene, fordi saken ikke hadde tilknytningsmomenter til Norge utover at ulykken var skjedd her. Saken sto sånn sett i samme stilling som Irma Mignon og Turbuss.

Unntaket fra *lex loci delicti* i norsk rett ved felles hjemlands lov, tilsvarer regelen i Roma II art 4 nr. 2. Hvis Roma II hadde vært anvendt på Irma Mignon og Turbuss, hadde utfallet blitt *lex communis* og dermed norsk rett. *Lex communis* ville også ha blitt lagt til grunn i Svalbard-saken. I Roma II er det alminnelige eller vanlige bosted som skal legges til grunn. Det gir vurderingstemaet større grad av objektivitet når man har et bosetningsvilkår som må være oppfylt, enn når vurderingen foretas på friere grunnlag slik den antagelig gjøres i norsk rett.

Fordelen med den norske regelen er at den gir domstolene større grad av frihet til å vurdere om den felles tilknytningen til et land bør gi utslag i bruk av dets regler. På denne måten vil partenes interesser kunne avveies mot hverandre, ved at tilknytningenes styrke, kjennskap til denne tilknytningen, lovenes innhold, og andre momenter kan tas med. På den annen side vil denne vurderingen fort bli vilkårlig fordi det er vanskelig å veie disse momentene

mot hverandre, og alt man da står igjen med er en oppfatning av hva som er rimelig. Det er lite heldig med tanke på partenes muligheter til å forutsi og innrette seg etter sin rettslige stilling. Det er derfor bedre å implementere bopelskravet som finnes i Roma II også i norsk rett. Selv om det i enkeltsaker vil kunne gi overraskende utfall, er det likevel bedre at denne lovvalsregelen er objektiv. Ved en fremtidig kodifikasjon av lov om internasjonal privatrett vil antagelig lovgiver stille opp samme regel som Roma II, fordi den er retts teknisk enklere.

Men domstolene har også mulighet til å slå fast at regelen om anvendelse av *lex communis* i norsk rett har samme innhold som Roma II art 4 nr. 2, og kan dermed trekke veksler på dens bopelsbegrep. Det vil bidra til å klarlegge rettstilstanden i norsk rett, samtidig som det skaper rettsenhet. En slik rettspraksis vil derfor være gunstig, men det er usikkert om domstolene er villig til å gi slipp på den frie stilling de har i dag.

5.2.4 Den individualiserende metode

For å avgjøre lovvalget ved erstatning utenfor kontrakt etter norsk rett har Høyesterett gjennom fast og lang rettspraksis bygget på en konkret vurdering av hvor et forhold nærmest hører hjemme. Det er dette som kalles den individualiserende metode, eller Irma Mignon-formelen. Som vi har sett foran gjelder prinsippene om *lex loci delicti* og *lex communis* også i norsk rett. Deres utbredelse bestemmer hvilken plass det er for den individualiserende metode i praksis, og dermed når det er overlatt til tvistens nærmeste tilknytning å avgjøre lovvalget. Metodens systematikk tilslører dermed dens egentlige virkeområde. I det videre analyseres noen av dommene hvor metoden har vært brukt, slik at det kan trekkes frem noen overordnede typemomenter som går igjen i vurderingen. Hensikten er å finne ut om metoden har større plass i norsk rett enn den er gitt i Roma II.

Norske domstoler har anvendt den individualiserende metode også på andre rettsområder, slik som kontraktsretten og ved fastsettelse av barnebidrag innen familieretten. Innenfor disse rettsområdene gjelder det typisk andre typemomenter enn i deliktserstatningsretten, men særlig lovvalget i kontrakt kan enkelte ganger grense opp mot lovvalget utenfor

kontrakt. I Turbuss tok Høyesterett ikke stilling til hvordan kravet skulle kvalifiseres.¹³⁴

Det er dermed lite å hente fra disse dommene som kan gi veiledning ved forståelsen av den det alminnelige lovvalget i deliktsretten. Undertiden kan likevel enkelte dommer være nyttige når man undersøker de enkelte momenter. Særlig interessant på erstatningsrettens område er forholdet mellom den individualiserende metode og *lex loci delicti* og *lex communis*. Denne sammenhengen kan i liten grad belyses med saker fra andre rettsområder.

Irma Mignon-dommen¹³⁵ regnes som den grunnleggende dommen hvor metoden første ble anvendt, og det er derfor naturlig å begynne en utledning av formelens innhold de lege lata med denne dommen. I dommen la førstvoterende til grunn at lovvalget måtte avgjøres ut fra ”almindelige retsgrundsætninger og arten av det forhold det her gjælder.” Dermed fant han det ”naturlig at ta utgangspunkt i den betragtning, at et forhold fortrinsvis bør bedømmes efter loven i det land, hvortil det har sin sterkeste tilknytning, eller hvor det nærmest hører hjemme.”¹³⁶ Dommer Hanssen påpekte deretter at det selvfølgelig ”ikke [er] mulig uten videre å løse alle internationalprivatretslige spørsmål ut fra denne alminnelige betragtning, men det forekommer mig dog, at den er tilstrækkelig til at gi en løsning for det tilfelde, som her foreligger.” Den generelle regel om nærmeste tilknytning ble i premissene ikke nærmere presisert uten at det måtte tas hensyn til alminnelige rettsgrunnsetninger og forholdets art.

I saken hadde alle relevante momenter, utenom skadestedet, tilknytning til Norge. Dommen gir en overflatisk oppramsing av tilknytningsmomentene. Begge skipseierne var norske, og at de derfor vanligvis ville kjenne innholdet av norsk rett best og innrette seg etter dette. Dermed var begrunnelsen for å anvende skadestedets rett som alminnelig regel, heller ikke anvendbar på tilfellet. Dommen angir få typemomenter, som kan gi veiledning for senere saker, men er i stedet konkret begrunnet.

¹³⁴ Dommen s

¹³⁵ Rt. 1923 II s 58

¹³⁶ Dommen s 60-61

Dommen i Rt. 1937 s 888 (Gullklausul) gjaldt bakgrunnsretten for obligasjonslån opptatt av den norske stat i USA. Det er altså tale om lovvalg innenfor kontrakt. Amerikansk rett hadde etter avtaleinngåelsen opphevet gullinnløsning, slik at hvis denne var bakgrunnsrett kunne oppfyllelse ikke kreves i gullverdi. Det var ikke avtalt noe om lovvalg. Høyesterett la derfor til grunn at ”rettsforholdet er undergitt loven i den stat som det har sin nærmeste tilknytning til, alle forhold tatt i betraktning.” Lånene var opptatt i New York av den norske ministeren, og beregnet omsatt på det amerikanske marked. Obligasjonene var skrevet på engelsk, og ervervelse måtte sertifiseres hos en fiskalagent og publiseres i to New York aviser. Alle tilknytningsmomentene pekte derfor ut amerikansk rett.

Ostmark-saken gjaldt som nevnt skade på oljelast under lossing i norsk havn. Skipet var tysk, og spørsmålet var om tysk eller norsk ansvarsbegrensning skulle legges til grunn. Flertallet bygget som kjent på at erstatningskravet sprang ut av kontraktsforhold, slik at lovvalgsklausulen kom til anvendelse. Klausulen utpekte flaggstatens rett, det vil si tysk rett. Mindretallet på to dommere, bygget derimot på at skaden var oppstått utenfor kontrakt i det ”dette rettsforhold er ikke begrunnet i certepartiet, og jeg kan ikke se at Nilssen ved det som er skjedd, har vedtatt eller er blitt bundet av fraktavtalens klausul om flaggets rett. At han har kjent til fraktavtalens innhold har ikke vært hevdet.” Mindretallet foretok først en drøftelse av ansvarsgrunnlaget, deretter av ansvarsbegrensningen.

I avgjørelsen av tilknytningen til ansvarsgrunnlaget ble det trukket frem at skaden var skjedd i norsk havn. Transporten var i intern norsk kystfart mellom Haugesund og Bergen, og både avskiper og mottager var norske. Flaggstatens lov tilsa tysk rett. Men mindretallet fant ikke dette overbevisende, særlig fordi mottager ikke hadde noen mulighet til å innrette seg etter eller avvise skipet, fordi det var tysk. Det påpekte også at utfallet ville bli det samme etter både norsk og tysk rett. Mindretallet tok i motsetning til flertallet ikke opp at den interne reisen i Norge nærmest var som et ”appendix til en reise fra norsk havn til utenlandsk havn.” På grunn av den sterke tilknytningen til Norge, ville de derfor avgjøre ansvarsbegrensningen til norsk rett.

I Baltenland-saken inntatt i Rt. 1958 s 38 hadde to skip kollidert i Bergensfjorden. Det ene skipet var norsk, og det andre hjemmehørende i Tyskland. I saken var det nødvendig å ta stilling til om rederens ansvar skulle være begrenset i medhold av norsk eller tysk rett. Tysk rett hadde en høyere ansvarsbegrensning.

Retten fant det ”atskillig tvilsomt” hvilket lands rett som skulle hjemle ansvarsbegrensningen, og mente at det var gode grunner for begge løsninger. Førstvoterende tiltrådte i det vesentlige byrettens begrunnelse, men viste i tillegg til utenlandsk teori og praksis som talte for *lex loci delicti*. Betenknninger inngitt av sentrale norske jurister gav støtte til flaggets lov, i tråd med den samstemte norske teori.

Byretten la vekt på formålet med ansvarsbegrensningene, som ikke ville oppfylles hvis de ikke også kunne gjøres gjeldende i utlandet. Ansvarsbegrensningen er helt sentral i sjøretten, siden skipsfart kan føre til store erstatningskrav ved ulykker. Ansvarsbegrensning er nødvendig for å kunne tallfeste eventuelle utbetalinger, noe som gjør det mulig for rederen å forsikre sitt ansvar.

Regelen vil nødvendigvis slå vilkårlig ut for skadelidte skip når det er flaggets lov som bestemmer erstatningen. Erstatningsutbetalingen vil da variere med skadevolders nasjonalitet, med dette oppveies av at ansvarsbegrensningen for et skip i norsk rett uansett vil variere avhengig av skipets art og størrelse. Det ble også trukket frem at de tyske eiere ikke burde stilles gunstigere ved en kollisjonsskade i Norge enn i Tyskland fordi ansvarsbegrensningen fulgte norsk rett.

Ingen av disse dommene spesifiserte den individualiserende metode nærmere. Det er fortsatt slik at et forhold bør bedømmes etter loven i det land det har sterkest tilknytning til. I alle de dommene som er behandlet her, har stedet vært av betydning. Statsobligasjonene i Gullklausul var stiftet og omsatt i USA. I Baltenland ble hensynet til forutberegneligheten til skadelidte skip vurdert. Denne var avhengig av at skadestedet hjemlet

ansvarsbegrensningen. I Ostmark-saken fremhevet mindretallet at skaden var skjedd i norsk havn, og at skipet var i intern trafikk i Norge.

Partenes nasjonalitet var også av betydning. Felles nasjonalitet var et moment for mindretallet i Irma Mignon, Turbuss og mindretallet i Baltenland. I Gullklausul ble det nevnt at obligasjonene ble omsatt på det amerikanske markedet, slik at kjøperne i stor grad ville være bosatt i USA.

Høyesterett har også lagt vekt på hvordan lovvalget vil slå ut konkret i saken. Momentet var særlig oppe i Baltenland, hvor norsk rett ville stille skadevolderen gunstigere enn om hans hjemlands lov ble lagt til grunn. I farskapssaken inntatt i Rt. 1953 s 1132¹³⁷ la flertallet til grunn at norsk rett måtte legges til grunn. Det ble særlig begrunnet med de ”formål som vår lovgivning her forfølger.” Mindretallet ville heller anvende barnets hjemlands rett, slik at det ble stilt i samme stilling som andre barn i Tyskland. Også ved foreldelse har konsekvensene for partene hatt betydning.¹³⁸ De formål norsk erstatningsrett søker å oppnå, er neppe av like stor betydning som lovformål innenfor barneretten. Likevel gir det grunnlag for å slutte at lovreglenes innhold vil påvirke tilknytningsvurderingen.

Innenfor erstatningsretten har Høyesterett i liten grad brukt resultatet fra en sak for å begrunne resultatet i en annen sak, selv når det kunne vært grunn til det. Dette gjelder for eksempel Turbuss-saken fra 1957. Riktignok var det tale om en objektiv regel innen bilansvaret, og ikke ansvaret for skipskollisjon. Likevel stod saken på mange måter i samme stilling som Irma Mignon med hensyn til tilknytningsfaktorene, men enda nærmere til norsk rett siden det forelå et kontraktsforhold mellom partene inngått i Norge. Likevel ble ikke utfallet av Irma Mignon trukket frem til støtte for å anvende norsk rett også i den saken, domspremissene avgjorde lovvalget ut fra de konkrete tilknytningsmomentene. Dette er med på å understreke at hvert tilfelle må bedømmes konkret, og ut fra de momentene som foreligger i saken, i stedet for at retten søker å stille opp mer generelle

¹³⁷ Bahr hevder at det kun var mindretallet som anvendte metoden, jf Bahr s 228

¹³⁸ Se RG 1985 s 777 og under 6

regler. Det er vanskelig å si noe mer konkret om hvor langt individualiserende metode egentlig strekker, fordi alle de tilfellene som har vært oppe for Høyesterett har egentlig hatt et klart utfall. I Ostmark var det uenighet om kvalifikasjonen, ikke tilknytningen. I Baltenland var erstatningsansvaret klart etter norsk rett, tvilen stod rundt ansvarsbegrensningen.

I 1965 gjorde Thue¹³⁹ en foreløpig oppsummering av de viktigste dommene som benyttet Irma Mignon-formelen. Den lød slik:

”Sammenholder man sakenes fakta med det lovvalg domstolene har foretatt, har betraktningen om den ”nærmeste tilknytning” ikke løst annet enn hva man kan kalle helt klare tilfeller. Derimot [min rettelse] har den gitt domstolene helt frie hender til å avgjøre hver enkelt sak rent konkret, ubundet av regeldannelse og likhetssynspunkter. Fra å være store ord i en sak med liten internasjonal tilknytning har Irma-Mignon-formelen bredd seg til snart hele den internasjonale privatrett. Den er blitt som Knoph proklamerte: Grunnloven.”

5.3 Vurdering av de to regelsettene

Innholdet av regelen i Roma II består altså av de samme tre elementene som etter norsk rett, om enn i en litt annen orden. Dersom man anvender Roma II på de sakene som har vært behandlet under 5.2, vil utfallene bli lite oppsiktsvekkende. I både Turbuss og Irma Mignon ville erstatningskravet vært behandlet etter *lex communis*, jf Roma II art 4 nr. 2. Forutsatt at Ostmark ble kvalifisert som et deliktsrettslig krav, ville Roma II avgjort lovvalget i favør av norsk rett. Dette følger av hovedregelen i art 4 nr. 1.

Baltenland ville derimot fått et litt annet utfall. Etter Roma II art 4 nr. 1 blir erstatningssaken å avgjøre etter *lex loci delicti*, altså norsk rett. Den norske domstolen i saken tok ikke stilling til dette spørsmålet, men ville mest sannsynlig ha kommet til samme resultat. Hovedregelen i Roma II er at alle materielle spørsmål skal løses etter den anvendte

¹³⁹ Thue (1965) s. 595

rett, mens *lex fori* avgjør de prosessuelle. Roma II art 15 bokstav b, følger hovedregelen og avgjør at ansvarsbegrensninger skal avgjøres etter samme lands rett som erstatningsspørsmålet. Norsk ansvarsbegrensning hadde altså blitt anvendt i saken. I norsk rett må derimot hvert forhold vurderes konkret for seg. I tilfeller som Baltenland fører det til at erstatningssaken og ansvarsbegrensningen bedømmes ut fra ulik rett. Det innebærer en realitetsforskjell fra Roma II. Se under kapittel 6.

Resultatet av dette blir at innholdet av de to regelsettene blir tilnærmet likt, avhengig av hvor strengt tilknytningskravet settes og hvordan de ulike momentene vurderes opp mot hverandre. Det hersker usikkerhet omkring innholdet de lege lata av den individualiserende metode i norsk rett, og særlig om hvordan tilknytningsmomentene skal veies mot hverandre.

Lovvalgsregelen bør først og fremst være enkel og klar å bruke slik at det er lett å forutsi utfallet av en lovkonflikt, dette minsker partenes usikkerhet med hensyn til rettslige krav. Er regelen i altfor vag og utydelig, vil domstolene i større eller mindre grad velge *lex fori* i tvilstilfeller. Dermed er det åpenbart at *lex fori* ikke bør benyttes¹⁴⁰ som norm, den vil i alle tilfeller føre til forum shopping. Statene har også interesse av å organisere territoriet sitt, og de aktsomhetsstandarder som skal gjelde der. Denne tankegangen henger sammen med erstatningsrettens opprinnelse, som finnes i strafferetten.

Interessen viser seg klart ved følgende eksempel: En næringsvirksomhet blir ødelagt. Hvis den ikke erstattes, er det ikke sikkert eieren har økonomisk evne eller vilje til å gjenoppbygge den. Dette igjen fører til at samfunnet vil miste en skattekilde og arbeidsgiver. Denne interessen av å regulere hva som foregår på territoriet vil ikke nødvendigvis gjelde alle skadeforvoldelser. For eksempel vil skip eller biler som kun er på gjennomreise falle inn under dette.

Det har vært hevdet at denne interessen ikke gjelder når egne borgere oppholder seg utenfor rikets grenser.¹⁴¹ Mot dette kan det innvendes at utmålingsreglene har til hensikt å

¹⁴⁰ Malmström s 373

¹⁴¹ Malmström s 374

beskytte både skadelidte og skadevoldere. Det er et opplagt ønske fra lovgivers side at skadelidte skal få erstattet sitt tap, men det er også et formål å beskytte skadevolder mot ødelagt økonomi, noe som i sin tur vil være en belastning for samfunnet.

Erstatning og oppreisning etter personskader står nok også i denne sammenheng i en særstilling. Menneskerettighetskonvensjonene viser statenes vilje til å forplikte seg til å beskytte enkeltmenneskers grunnleggende velferd, uavhengig av bosted og nasjonalitet.

Fra en internasjonal synsvinkel er det vanskelig å finne en annen hovedregel enn *lex loci delicti* for å avgjøre lovvalg på erstatningsrettens kjerneområde.¹⁴² At det må gjøres unntak for ordre public synes opplagt. Det er også aktuelt å gjøre unntak hvor partene har samme nasjonalitet (Irma Mignon og Turbuss), eller hvor skadevolder kan idømmes det som oppfattes som overdrevne utenlandske erstatningssummer.

Den individualiserende metode har tilnærmet samme innhold i norsk rett og i Roma II. Det er likevel grunn til å anta at de forskjellige utgangspunktene kan føre til at domstolene faller ned på ulikt resultat i en tvist hvor lovvalget er svært tvilsomt. Ved anvendelse av Roma II vil domstolene ta utgangspunkt i art 4 nr 1, *lex loci delicti*, men vurdere unntak etter nr 3 hvor saken har en vesentlig sterkere tilknytning til et annet land. Ved sterk tvil vil det være rimelig å falle ned på hovedregelen om skadestedets rett, siden man er usikker på om vilkåret for unntaksregelen er oppfylt. I Norge vil situasjonen kunne bli den motsatte. Utgangspunktet er en friere vurdering, og ved sterk tvil er det da lettere å falle ned på *lex fori*, det er den rett domstolen kjenner best.

Regelen i Roma II art 4 er de lege ferenda helt klart bedre utformet enn Irma Mignon-formelen i gjeldende norsk rett, og som har et uklart innhold. For å få en klarere rettsstilstand er det derfor ønskelig at den alminnelige regel i Roma II tas inn i norsk rett, noe som også vil skape rettsenhet.¹⁴³ Det er i seg selv positivt.

¹⁴² Malmström s 375

¹⁴³ Gaarder/Lundgaard s 97-98

Overføring til norsk rett kan gjøres av lovgiver ved en frivillig resepsjon. Sett i lys av Justisdepartementets uttalelser¹⁴⁴ er det sannsynlig at en ny alminnelig regel om lovvalget utenfor kontrakt vil være sterk inspirert av Roma II. Dette er også et argument for at norske domstoler i saker om slikt lovvalg ser hen til Roma II art 4. Det vil være med på å avklare rettsstilstanden i norsk rett, slik at det blir lettere å forutsi lovvalg. Siden det er vanskelig å trekke klare føringer ut av den rettspraksis som foreligger, vil dette heller ikke medføre et klart brudd med tidligere anvendelse av metoden. Men metoden gir domstolene en stor grad av frihet, og det er usikkert om de er villige til å oppgi denne.

Dersom domstolen legger til grunn at de to regelsettene har samme innhold, kan de trekke Roma II inn drøftelsen av lovvalget i norsk rett. Dette ble gjort av Høyesterett i kjennelsen inntatt i Rt. 2006 s 1008 (Agent).

Saken gjaldt avvisning på grunn av uriktig vernetting. Avgjørende for om rett vernetting forelå var avhengig av lovvalget. Norsk sedvanerett¹⁴⁵ og Romakonvensjonen løste begge dette ut fra den individualiserende metode, men med presumsjon at nærmeste tilknytning var til det land hvor realdebitor har alminnelig eller vanlig bopel. Høyesteretts kjæremålsutvalg uttalte i saken at ”vurderingstemaet etter konvensjonen art 4. nr. 1 [er] det samme som etter Irma Mignon-formelen.” At rettsstilstanden var den samme ble ikke begrunnet nærmere, men tvisten ble deretter løst ut fra konvensjonsteksten. Samme løsning bør legges til grunn også ved lovvalget i delikt.

¹⁴⁴ Høringsbrev av 13. juni 2003, om Roma I

¹⁴⁵ Gaarder/Lundgaard s 249, om norsk rett

6 Rettsvirkninger

6.1 Innledning

I det forrige kapitlet ble innholdet av de alminnelige reglene om lovvalget undersøkt. Målet var altså å bestemme hvilket lands bakgrunnsrett som skulle anvendes ved tvisteløsningen. I dette kapitlet er det forutsatt at lovvalgsspørsmålet i forhold til ansvarsspørsmålet er avgjort i favør av utenlandsk rett. Det må avgjøres hvilke sider av saken denne skal anvendes på. Hovedregelen i den internasjonale privatrett er at det er den fremmede rettens materielle regler som skal anvendes, men ikke dens prosessregler.¹⁴⁶ Dette kan skape problemer i forhold til kvalifikasjon, en problemstilling kan anses for å være materiell i én stat, og prosessuell i en annen. Dette gjelder blant annet for foreldelse. De fleste rettsordener avgjør spørsmålet om kvalifikasjon etter *lex fori*.¹⁴⁷

Roma II art 15 er det gitt en oppramsing av hva bakgrunnsretten ”skall reglera särskilt”.¹⁴⁸ Det er dermed klart angitt på hvilke lovspørsmål den fremmede rett får anvendelse. Systematisk avviker Roma II fra norsk rett, ved at virkningen av lovvalget er regulert i en bestemmelse. I norsk rett må hvert forhold bedømmes for seg, også for den enkelte side av saken. Denne oppgaven følger systematikken i Roma II.

Det er bakgrunnsretten som angir erstatningskravets innhold og omfang, jf Roma II art 15 litra a-c. Bakgrunnsretten angir dermed ansvarsformen som gjelder ved den type skade som er oppstått. *Lex causae* må altså undersøkes for å bestemme om det er culpa-normen eller objektivt ansvar kommer til anvendelse for den inntrufne skadetype. Denne retten avgjør også ansvarets omfang, noe som innebærer eventuelle

¹⁴⁶ Røed s 88, også slik i Roma II, jf art 1 nr. 3

¹⁴⁷ Røed s 88, Watté (2007A) s 25-26

¹⁴⁸ Roma II art 15, svensk versjon

adekvansbegrensninger. Også skaden, og hvordan denne skal erstattes vurderes etter den fremmede rett. Ved skade kan det for eksempel problematiseres om skadevolder kan tilpliktes å utbedre skaden, eller om skadelidte kun kan kreve skadens økonomiske verdi erstattet fra skadevolder. Også hvilke skadelidte som kan fremme krav er begrenset av den fremmede rett.

I noen tilfeller kan det etter den interne rettsorden kreves erstatning fra andre personer enn den direkte skadevolder. Denne ansvarsformen gjelder typisk ansatte i tjeneste og mindreårige barn, og har for skadevolderen en objektiv karakter. Om et slikt avledet ansvar er gjeldende i saken, må avgjøres etter den fremmede rett, jf art 15 bokstav g.

Etter at kravet er oppstått kan det oppstå spørsmål om overføringsrett. Slik cesjon kan skje enten frivillig ved at skadelidte velger å selge kravet sitt til en annen, eller ved hans død. I begge tilfellene er det *lex causae* som avgjør om den nye kravshaveren kan få dom for kravet han har ervervet. Etter at et krav på erstatning er oppstått kan det opphøre på flere måter. Bortfall vil selvsagt skje ved oppfyllelse eller at skadelidte ettergir erstatningskravet. Men kravet kan også falle bort ved foreldelse, eller at skadelidte opptrer med konkludent atferd som tilsier at han anser kravet for å være bortfalt. Det er *lex causae* som legges til grunn for å avgjøre om kravet er bortfalt på denne måten, jf art 15 in fine.

For norsk rett er virkningene av lovvalget derimot ikke lovfestet, og domstolene må derfor med støtte fra teorien trekke opp grensen. I rettspraksis¹⁴⁹ er det slått fast at ikke alle sider av saken må løses av samme lands rett. Hvert forhold må avgjøres konkret ved hjelp av den individualiserende metode.¹⁵⁰ Lovvalsreglenes virkeområde kan derfor variere fra en sak til en annen.

Roma II legger til grunn at det ved vurdering av atferden i relevant omfang skal tas hensyn til sikkerhets- og atferdsreglene som gjelder på skadestedet på skadetidspunktet, jf Roma II

¹⁴⁹ For eksempel RG 1985 s 777 (Salzburg) og Rt. 1958 s 38 (Baltenland)

¹⁵⁰ Gaarder/Lundgaard s 264

art 17. Man plikter med andre ord til enhver tid å innrette seg etter de lokale normene. Alle typer atferdsnormer omfattes av dette utgangspunktet.¹⁵¹ Bilister må i England kjøre på venstre side av veien, og følge fartsgrensene som gjelder.

Det er opplagt at de lokale oppførselsreglene legges til grunn ved aktsomhetsvurderinger, vurderingen innebærer å undersøke om skadevolder har brutt sin varsomhetsplikt overfor skadelidte. Dette har også en side mot statenes høyhetsrett fordi erstatningsretten er sammen med strafferetten måter å sanksjonere uønsket atferd på landets territorium.

I Roma II art 17 er det tatt inn begrensning om at det er kun i ”faktisk og relevant omfang”¹⁵² sikkerhets- og atferdsnormene skal tas med i vurderingen. Dette er for å sikre en fornuftig og rimelig balanse mellom partene,¹⁵³ skadelidte har krav på at skadevolder opptrer hensynsfullt. I norsk erstatningsrett må det avgjøres hvilken betydning brudd på handlingsnormer skal få, det er ikke slik at overtredelse automatisk fører til at skadevolder anses for å ha opptrådt uaktsomt. Dette gjelder for eksempel hvis den overtrådte norm hadde et helt annet formål enn vern mot den skade som inntraff.¹⁵⁴ Denne regel oppstiller dermed samme begrensning som regelen i Roma II.

6.2 Foreldelse

Roma II art 15 bokstav h regulerer overføring, opphør, foreldelse og andre grunner for bortfall av erstatningskrav. Disse bestemmes av den valgte lov.

I norsk rett er foreldelsesspørsmålet mer komplisert. Her er det slik at hver side av saken skal bedømmes konkret etter den individualiserende metode, for så å avgjøres etter den rett som den har sterkest tilknytning til.

¹⁵¹ Preambelet art 34

¹⁵² Roma II art 17, dansk versjon

¹⁵³ Preambelet art 34

¹⁵⁴ Lødrup s 133, om norsk rett

Dommen inntatt i RG 1985 s 777 gjaldt erstatningskrav etter dødsulykke med motorvogn. Føreren av motorvognen var en nordmann på ferie i Østerrike. Kravet ble fremmet av de etterlatte. I saken var det ikke omdiskutert om østerriksk rett skulle avgjøre ansvarsspørsmålet og erstatningsutmålingen. Retten måtte derimot ta stilling til om søksmålsfristen var oversittet. Fristen var hele 30 år etter østerriksk rett, mens dersom norsk rett skulle legges til grunn var fristen allerede oversittet.

Lagmannsretten kom til at lovvalget for foreldelsesspørsmål måtte avgjøres konkret ved hjelp av den individualiserende metode. Retten viste til at det ”gjelder etter Høyesteretts praksis et alminnelig prinsipp om at forholdet fortrinnsvis bør bedømmes etter loven i det land det har sin sterkeste tilknytning til eller nærmest hører hjemme.”¹⁵⁵ Videre anførte domstolen at det må som et utgangspunkt ”legges til grunn at norsk internasjonal privatrett ikke er til hinder for at norske foreldelsesregler anvendes, selv om hovedkravet avgjøres etter fremmed rett.”¹⁵⁶ Dette ble støttet på juridisk teori og et forkastet lovforslag. Kvalifikasjonsspørsmålet reises i premissene, men ble ansett for unødvendig å ta stilling til. Man unngikk dermed å kommentere at den klare hovedregel i den internasjonale privatrett at det er den materielle rett som omfattes av lovvalsregelen. I norsk rett er foreldelsesreglene systematisert som materiell rett.¹⁵⁷ At domstolene ikke begrunner denne fravikelsen, er en klar svakhet ved dommen.

Drøftelsen av tilknytningsspørsmålet bærer preg av norskrettet tenkning. Det trekkes frem at saksøktes tilknytning til Norge og hvordan norske regler slår ut i forhold til de utenlandske ”må ha vekt.” Siden saksøkte var norsk og hadde bopel i Norge talte ”sterke hensyn (...) for at han bør kunne innrette seg etter norske foreldelsesregler når det gjelder en forpliktelse han har pådratt seg under et kortvarig opphold i utlandet.” Søksmålsfristen var langt høyere etter østerriksk rett, noe som talte mot anvendelse. Utfallet ble derfor foreldelse i henhold til norsk rett.

¹⁵⁵ Dommen s 782

¹⁵⁶ Dommen s 783

¹⁵⁷ Røed s 88

Om dommen legges til grunn som gjeldende norsk rett gir den uttrykk for forskjell fra Roma II, som hadde anvendt østerrikske foreldelsesregler på tvisten. De etterlatte hadde da fått medhold i krav på erstatning.

Resultatet i dommen kan kritiseres på flere ulike plan.

For det første er det svært uheldig å avgjøre foreldesspørsmål etter den individualiserende metode. Foreldelsesreglene setter opp en absolutt tidsfrist for når et krav kan fremmes, slik at partene kan regne seg ferdig med det. Derfor bør disse reglene i størst mulig grad være retts teknisk enkle, slik at partene enkelt kan innrette seg etter dem.¹⁵⁸ Når foreldelsen må avgjøres etter en konkret vurdering, blir dette umulig, og noe av hensikten med reglene kan ikke oppnås. Det er ikke til å unngå at foreldelsesreglene undertiden må klargjøres av domstolene, men det er ikke det samme som at de er skjønnsmessig utformet.

Det er påpekt ovenfor at foreldelse regnes i norsk rett som materielle regler. Etter amerikansk rett er det derimot prosessregler, kvalifikasjonen kan variere fra land til land.¹⁵⁹ I dansk rett er rettstilstanden usikker, men antagelig skal foreldelsen avgjøres av samme rett som ansvarsreglene.¹⁶⁰ Sett fra et friere perspektiv, er det naturlig å behandle foreldelse etter samme rett som erstatningskravets berettigelse. Et kravs liv og død henger nært sammen. For å unngå forum shopping er det også viktig å koble disse sammen, ellers kan kravet fremmes for domstolene i et land, men ikke i andre.

Konsekvensene av dommen er lite heldige. Ulykken var skjedd i 1975, og dom hadde blitt avsagt i Østerrike før domstolsbehandling i Norge. Kravet ble av norske domstoler ansett foreldet allerede før saksanlegget 16. februar 1983, og kunne derfor ikke inndrives her i

¹⁵⁸ Røed s 46 flg

¹⁵⁹ Røed s 88

¹⁶⁰ Nielsen s 602

riket. Men saken ble ikke foreldet i Østerrike før 13. juli 2005.¹⁶¹ Sluttresultatet ble altså at føreren fortsatt risikerte rettsforfølgelse i Østerrike etter at kravet var foreldet i Norge. Reglene fungerer dermed som et tidsbegrenset, privat forbud mot å bosette seg der.

Det er også grunn til å kritisere den konkrete vurderingen retten gjorde i saken. Den så på behovet for skadevolderen til å kunne anse saken som avsluttet. Da var det viktig for ham å se på sin interne rett, i hvert fall hvis denne var kortere enn den fremmede retten, siden de ble vurdert opp mot hverandre. Sett fra et videre perspektiv er ikke dette resultatet heldig, fordi det fører til at skadelidte må sette seg inn i foreldelsesreglene i skadevolders hjemland. I denne saken førte det til at de etterlatte ble dårligere stilt enn om den ansvarlige hadde vært østerriker. Det er mer rimelig at skadevolder måtte ha innrettet seg etter de foreldelsesreglene som gjelder i Østerrike, det er tross alt han som frivillig reiste dit.

Det er sterkt uheldig, på grunn av de sterke forutberegnelighetshensyn som gjør seg gjeldene, at lovvalget ved foreldelse avgjøres ved hjelp av den individualiserende metode. Både klarhet og enhetshensyn tilsier at rettsstilstanden i norsk rett endres til å bli i overensstemmelse med Roma II. Det er også naturlig at samme rett avgjør et kravets stiftelse, innhold og opphør. Det er derfor sterkt ønskelig at regelen i Roma II art 15 b om at foreldelse følger ansvarsreglenes rett implementeres i norsk rett. Lovgiver vil antagelig se hen til Roma II ved utformingen av nye norske lovregler på området, men det er mer usikkert om domstolene vil endre sin praksis. Antagelig er rettsstilstanden for ulik og den individualiserende metode for godt innarbeidet.

6.3 Ansvarsbegrensninger

Lovvalget for ansvarsbegrensninger har i likhet med foreldelsesregler blitt avgjort atskilt fra ansvarsreglene, etter den individualiserende metode, i norsk rett. Dette var tilfellet i Baltenland-saken.¹⁶² I Roma II art 15 bokstav b er det derimot bestemt at

¹⁶¹ 30 år etter ulykken. Forbehold om at saksanlegget i Norge ikke førte til fristforlengelse etter østerriksk rett.

¹⁶² Dommen er behandlet under kapittel 5.

ansvarsbegrensninger følger av den samme rett som avgjør erstatningsansvaret. Norsk rett avviker altså også på dette punkt fra Roma II.

Ansvarsbegrensninger er gitt av lovgiver for å ivareta samfunnsmessige hensyn som er funnet tilstrekkelig tungtveiende til at skadevolder skal nektes full erstatning. Når fremmed rett anvendes, er det ikke sikkert disse hensynene er like godt ivaretatt av denne lov.

For personlige skadevoldere henger dette sammen med sosiale hensyn, som i norsk rett har kommet til uttrykk gjennom avkortingsreglene i skadeserstatningsloven. I skipsfarten henger begrensningen som påpekt i kapittel 5 nært sammen med forsikringshensyn, noe som tilsier at flaggstatens regler bør anvendes. På den annen side vil dette kunne føre til urimelig lave ansvarsbegrensninger i enkelte stater.

Igjen taler enhetshensynet og regelens klarhet for at regelen i Roma II overføres til norsk rett. Også det at erstatningskravets innhold vil avgjøres av én stats rettsregler taler for at norsk rett endres i samsvar med Roma II. Regelen bør derfor implementeres i norsk rett. Det må antas at lovgiver vil se hen til Roma II ved utforming av lovvalgsreglene for ansvarsbegrensninger, slik at en kodifikasjon vil bli overensstemmende med Roma II. Det er derimot mer usikkert med domstolenes praksis, da den individualiserende metode er godt innarbeidet og gir stor frihet.

7 Lister over tabeller og figurer m v

Litteraturliste:

- Andenæs, Mads Henry (1997): *Rettskildelære*, Oslo
- Bahr, Henrik (1966): *Den individualiserende metode og andre synspunkter i norsk internasjonal privatrett, noen bemerkninger til H. J. Thues artikkel om "IRMA-MIGNON-FORMELEN"*, I: Tidsskrift for Rettsvitenskap, 1966, s 226
- Cordes, Jørg og Laila Stenseng (1999): *Hovedlinjer i internasjonal privatrett*, Oslo
- Dicey & Morris, volume 1 and 2, (2000): *The conflict of laws*, 13. utgave, London, Sweet & Maxwell
- Egge, Gunder (1959): "Lovvalget i erstatningsretten (internasjonal erstatningsrett)" I: Norsk forsikringsjuridisk forenings publikasjoner nr 39
- Eckhoff, Torstein og Jan Helgesen (2005): *Rettskildelære*, 5. utgave, Oslo, Universitetsforlaget
- Gaarder, Karsten og Lundgaard (2000): *Gaarders innføring i internasjonal privatrett* 3. utgave, Oslo
- Hagstrøm, Viggo (2004): *Obligasjonsrett*, 3. opplag, Oslo, Universitetsforlaget
- Kaasen, Knut *Erstatningsrettslige konsekvenser av sikkerhetsmessig svikt under petroleumsvirksomhet*, I: MaRius nr. 95, 1984, s 1
- Lødrup, Peter (1999): *Lærebok i erstatningsrett*, 4. utgave, Oslo

- Malmström, Åke (1951): ”Till frågan om skadestånd utanför kontraktsförhållanden inom den internationella privaträtten”, I: Festskrift til Henry Ussing, København
- Moss, Giuditta Cordero (2001) ”Bokanmeldelse – Hovedlinjer i internasjonal privatrett/ Gaarders innføring i internasjonal privatrett”, I: Lov og Rett, 2001, s 119
- Moss, Giuditta Cordero (2007) “Lovvalsregler for internasjonale kontrakter: tilsynelatende likheter og reelle forskjeller mellom europeiske og norske regler”, I: Tidsskrift for Rettsvitenskap, nr 5 for 2007, s 679
- Nielsen, Peter Arnt (1997): *International privat- og procesret*, København, Jurist- og Økonomforbundets Forlag
- Nygaard, Nils (2004): *Rettsgrunnlag og standpunkt*, 2.utgave, Bergen
- Renfert, Markus (2003): *Über die Europäisierung der ordre public Klausel*, I: Internationalrechtliche Studien, Beiträge zum Internationalen Privatrecht, zum Einheitsrecht und zur Rechtsvergleichung, Band 25, Frankfurt am Main
- Røed, Anne Cathrine (2004): *Foreldelse av fordringer*
Kommentarer til lov av 18. mai 1979 nr. 18 om foreldelse av fordringer og utvalgte foreldelsesbestemmelser i spesiallovgivningen
 2. utgave, Oslo, Cappelen Akademisk forlag
- Sannes, Knut Anders (1998): *Kompendium i internasjonal privatrett*, Oslo

Siesby, Erik (1989):	Lærebog i International Privatrekt, 2. udgave, Jurist- og Økonomforbundets Forlag, København
Thue, Helge (1965):	<i>"Irma-Mignon-foremelen – En konfliktskapende regel"</i> , I: Tidsskrift for Rettsvitenskap 1965 s 587
Thue, Helge (2001):	<i>Norsk internasjonal obligasjonsrett erstatning utenfor kontraktsforhold</i> , Institutt for privatrekt, Stensilserie, nr 111, 2. udgave
Watté, Nadine (2007A):	<i>Droit international privé</i> , 6. udgave, Brussel, Presses Universitaires de Bruxelles
Watté, Nadine og Candice Barbé (2007B)	Les codes thématiques Larcier, Droit international des affaires 2007-2008, 2. udgave, Larcier

Lover og forarbeider (norske):

Grunnloven.	Vedtatt 17. mai 1814
Barneloven.	Lov av 8. april 1981 nr. 7
EØS – loven.	Lov av 27. november 1992 nr. 109
Forsikringslovvalgsloven.	Lov av 27. november 1992 nr. 111
Kjøpslovvalgsloven.	Lov av 3. april 1964 nr. 1
Sjekkloven.	Lov av 27. mai 1932 nr. 3
Vekselloven.	Lov av 27. mai 1932 nr. 2
NOU 2000: 16	
Høringsbrev av 13. juni 2003, Justisdepartementet, <i>"Høring – Grønnebok om mulige endringer i Roma – konvensjonen 19. juni 1980 om lovvalg på kontraktrettens område"</i>	

Lover (utenlandske):

Belgia:	Code de droit international privé, vedtatt 16. juli 2004
---------	---

Frankrike:	Code Civil, 1804
Storbritannia:	Private International Law (Miscellaneous Provisions) Act 1995 (chapter 42)
Tyskland:	Gesetz zur Neuregelung des Internationalen Privatrechts, vedtatt 25. juli 1986

Fellesskapsrett:

Forordning (EF) nr. 44/2001	Brussel I
Forordning (EF) nr. 2201/2003	Brussel II
Forordning (EF) nr. 864/2007	Roma II
Forordning (EF) nr. 593/2008	Roma I
COM (2002) 654 final	Forarbeid til Roma I
COM (2006) 83 final	Forarbeid til Roma II

Summary and contributions of the consultation Rome II

Fra kommisjonens hjemmeside 12. September 2008,

http://ec.europa.eu/justice_home/news/consulting_public/rome_ii/news_summary_rome_ii

Rettspraksis:

Rt. 2006 s 1008	Agentprovisjon
Rt. 1998 s 1647	Svalbard
Rt. 1978 s 1062	Fredrikstad
Rt. 1958 s 38	Baltenland
Rt. 1957 s 246	Turbuss
Rt. 1956 s 1172	Ostmark
Rt. 1953 s 1132	Bidragsplikt (Soldat i Tysklandsbrigaden)
Rt. 1938 s 691	Motorsykkkel
Rt. 1931 s 1185	Thams
Rt. 1923 II s 58	Irma Mignon
Rt. 1906 s 165	Augusta

RG 1985 777	Salzburg
RG 1960 s 7	Bidragsplikt (Tysker i Norge)
Juristische Zeitung 1993 s 266	(Tysk ordre public)
Babcock v Jackson, 12 NY 2 d 473, 1963, New York Court of Appeal	

Internettsider:

www.jus.uio.no/studier/emner/jus/jus/JUR5280/index.xml

www.opsi.gov.uk/acts/acts1995/Ukpga_1995_0042_en_1.htm